

ARBEIDSTILLATELSENS BORTFALL - BETYDNINGEN FOR ARBEIDSFORHOLDET

Hva skjer i arbeidsforholdet når
arbeidstillatelsen bortfaller?

Kandidatnummer: 332

Veileder: Magne Revheim Mæland

Leveringsfrist: 25.11.05

H 05

Til sammen 17 991 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Definisjoner og avgrensninger	3
1.3.1	Utlending	3
1.3.2	Ulike typer utlendinger	3
1.3.3	Arbeidstaker	4
1.3.4	Arbeidstillatelse	5
1.3.5	Den videre begrepsbruk	6
1.3.6	Tilgrensende problemstillinger som ikke vil bli behandlet	7
<u>2</u>	<u>RETTSKILDENE</u>	<u>9</u>
2.1	Innledning	9
2.2	Utlendingsrett	9
2.2.1	Utlendingslov og utlendingsforskrift	9
2.2.2	Annen lovgivning og internasjonale regler	10
2.2.3	Rundskriv	10
2.3	Arbeidsrett	11
2.3.1	Arbeidsavtalen og dens rammer	11
2.3.2	Arbeidsmiljøloven	11
2.3.3	Arbeidsrettens rettspraksis	12
2.3.4	Internasjonale regler	13
<u>3</u>	<u>ULIKE ARBEIDSTILLATELSER</u>	<u>14</u>
3.1	Innledning	14
3.2	Arbeidsinnvandring	15
3.2.1	Oversikt og grunnvilkår	15
3.2.2	Spesialister	16

3.2.3	Gruppearbeidstillatelser	16
3.3	Annen innvandring	17
3.3.1	Oversikt og grunnvilkår	17
3.3.2	Familiegjenforening	17
3.3.3	Asylsøkere	18
<u>4</u>	<u>BORTFALL ETTER UTLENDINGSRETTE</u>	<u>19</u>
4.1	Innledning	19
4.2	Bortfall av ulike tillatelser	20
4.2.1	Spesialister	20
4.2.2	Gruppearbeidstillatelser	20
4.2.3	Familiegjenforening	21
4.2.4	Asylsøkere	21
4.3	Betydningen av å søke fornyet tillatelse i tide	22
4.3.1	Utlendingslovens tillatelsessystem	22
4.3.2	Søknad om fornyelse senest en måned før tillatelsen utløper	22
4.3.3	Søknad om fornyelse senere enn en måned før tillatelsen utløper	23
4.3.4	Søknad om fornyelse etter at tillatelsen har utløpt	23
4.3.5	Situasjonen der avslag på fornyelsessøknad ikke er endelig	23
4.3.6	Situasjonen der avslag på fornyelsessøknad er endelig	24
4.4	Tilbakekall	25
4.5	Forslag i ny utlendingslov om tillatelsessystemet	25
<u>5</u>	<u>BORTFALL AV ARBEIDSTILLATELSEN FØR TILTREDELSE</u>	<u>27</u>
5.1	Innledning	27
5.2	Avtalerett eller arbeidsrett	27
5.3	Avtalerettslig grunnlag for opphør	28
5.4	Ansettelsesavtalen som tolkingsmoment	30
5.5	Loven som tolkingsmoment	31

5.6	Rettspraksis	32
5.6.1	To avgjørelser	32
5.6.2	Rt. 1988 s.766	32
5.6.3	Rt. 2004 s. 76	33
5.7	Manglende arbeidstillatelse allerede ved ansettelsen	34
5.8	Bortfall av arbeidstillatelse i tiden mellom ansettelsen og tiltredelsen	35
5.8.1	Etterfølgende omstendigheter, ikke opprinnelig ugyldighet	35
5.8.2	Ansvarsfordelingssynspunktet	37
5.8.3	Bortfall har sin årsak i arbeidsgivers forhold	38
5.8.4	Bortfall har sin årsak i arbeidstakers forhold	39
<u>6</u>	<u>BORTFALL AV ARBEIDSTILLATELSEN ETTER TILTREDELSE</u>	<u>41</u>
6.1	Innledning	41
6.2	Motstridsspørsmålet mellom arbeidsretten og utlendingsretten	41
6.3	De ulike hensyn	41
6.4	Norsk rett	43
6.5	Svensk rett	43
6.5.1	Generelt om bruk av utenlandsk rett	43
6.5.2	AD 1979 nr. 90	44
6.5.3	Svensk utlendingsforskrift	44
6.6	Særlig om straffansvaret i utlendingsloven § 47	45
6.6.1	Aktuelt for både arbeidstaker og arbeidsgiver	45
6.6.2	Arbeidstakers mulige straffansvar	45
6.6.3	Arbeidsgivers mulige straffansvar	46
6.6.4	Ulovlig arbeid	47
6.7	Oppsummering	47
<u>7</u>	<u>OPPSIGELSE OG AVSKJED ETTER ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER</u>	<u>50</u>
7.1	Innledning	50

7.2	Tilgrensende problemstillinger	51
7.2.1	Gruppearbeidstillatelser	51
7.2.2	Bortfall av andre formelle kvalifikasjonskrav	53
7.2.3	Kvalifikasjonskrav for allmennlærere	54
7.2.4	Legelicens	55
7.2.5	Helsesertifikat	55
7.2.6	Førerkort	55
7.2.7	Meglerlisens med videre	56
7.2.8	Kvalifikasjonskrav for internasjonal sjåfør	57
7.2.9	Overføringsverdi	57
7.3	Opphør på grunn av arbeidstakers forhold	58
7.3.1	Arbeidstakers forhold	58
7.3.2	Avskjed	59
7.3.3	Oppsigelse	62
7.3.4	Suspensjon	63
7.4	Opphør på grunn av virksomhetens forhold	66
7.4.1	Virksomhetens forhold	66
7.4.2	Oppsigelse	66
7.5	Adgangen til arbeid i oppsigelsestiden	67
7.6	Forarbeider til ny arbeidsmiljølov og ny utlendingslov	68
<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u>	<u>70</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>72</u>
<u>10</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>73</u>
<u>11</u>	<u>FORSKRIFTER</u>	<u>74</u>
<u>12</u>	<u>FORARBEIDER</u>	<u>75</u>
<u>13</u>	<u>PRAKSIS</u>	<u>76</u>
<u>14</u>	<u>INTERNASJONALE KONVENSJONER</u>	<u>78</u>

1 Innledning

1.1 Tema

I et arbeidsforhold, det vil si i forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, gjelder arbeidsrettslige regler. De sentrale rettskilder er lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven), den individuelle arbeidsavtale og tariffavtaler.

Der arbeidstakeren er en utlending vil også utlendingsretten kunne ha betydning. En utlending må etter lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (utlendingsloven) § 6, 1. ledd som hovedregel ha arbeidstillatelse for å ha rett til å ta arbeid i Norge. Denne loven suppleres av forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990 nr. 1028 (utlendingsforskriften). En etablering og en fortsettelse av et arbeidsforhold avhenger dermed av utlendingens arbeidstillatelse. Dette vil medføre at utlendingsrettens krav til arbeidstillatelse kan få betydning for arbeidsforholdet ved siden av arbeidsretten.

Tema for denne avhandlingen er hvordan utlendingsrettens krav om arbeidstillatelse vil kunne virke inn på arbeidsforholdet. Dette er relevant når arbeidstillatelsen bortfaller. Et spørsmål er om arbeidsretten overhodet kommer til anvendelse. Dersom den kommer til anvendelse oppstår det et spørsmål om bortfallet gir saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet med oppsigelse, jamfør arbeidsmiljøloven § 60. Et annet spørsmål er om det er adgang til avskjed av arbeidstakeren, jamfør arbeidsmiljøloven § 66. Et tredje spørsmål er om bortfallet medfører at arbeidet må avsluttes umiddelbart, eller om arbeidet kan vedvare i oppsigelsestiden uten å komme i strid med utlendingsretten.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen dreier seg om betydningen for arbeidsforholdet der arbeidstakerens arbeidstillatelse bortfaller.

Det oppstår spørsmål der arbeidstillatelsen bortfaller før arbeidstaker har rukket å tiltre stillingen. Problemstillingen er om arbeidsrettens regler får anvendelse her.

Et mulig svar på dette er at de arbeidsrettslige regler ikke er anvendelige før tiltredelse. Ansettelsesavtalen kan i stedet bortfalle eksempelvis på grunn av læren om bristende forutsetninger eller på grunn av lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven) § 36, i og med at utlendingen ikke lenger har rett til å arbeide i Norge. Dette forholdet vil ikke bli behandlet så grundig, fordi avhandlingen i hovedsak vil konsentrere seg om forholdet mellom arbeidsrett og utlendingsrett.

Et annet mulig svar er at arbeidsrettens regler er anvendelige før tiltredelse. Da blir det spørsmål om forholdet mellom arbeidsrett og utlendingsrett.

Det oppstår flere spørsmål i forhold til hva som skjer med arbeidsforholdet der det viser seg at arbeidstillatelsen bortfaller etter at arbeidstaker har tiltrådt stillingen;

Arbeidstakers vern etter arbeidsmiljøloven kan tenkes å komme i strid med utlendingsretten når utlendingen har mistet sin rett til arbeid. Det er derfor behov for å ta opp generelle metodespørsmål og motstridsspørsmål om forholdet mellom utlendingslovgivning og arbeidervernlovgivning.

Arbeidsretten har regler for å verne arbeidstaker mot usaklig oppsigelse og avskjed. Et spørsmål er om bortfall av arbeidstillatelsen i seg selv gir arbeidsgiver en grunn til å avskjedige arbeidstaker, jamfør arbeidsmiljøloven § 66. Hvis ikke blir spørsmålet om en bortfalt arbeidstillatelse medfører at arbeidsgiver har saklig grunn til oppsigelse, jamfør § 60. Forutsatt at han har slik saklig grunn, gjelder det oppsigelsesfrister som medfører at arbeidstaker kan arbeide i stillingen en viss tid etter at oppsigelsen ble gitt, jamfør arbeidsmiljøloven § 58. Videre vil arbeidstaker som hovedregel ha en rett til å fortsette i

stillingen, jamfør arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4. Det blir da et spørsmål om forholdet mellom utlendingsrettens krav til arbeidstillatelse contra arbeidsmiljølovens regler som verner om arbeidstaker.

De ovenfor nevnte problemstillinger oppstår først når arbeidstillatelsen har bortfalt. Det er derfor naturlig å redegjøre for de ulike typer arbeidstillatelser som finnes, og på hvilket tidspunkt arbeidstillatelsen kan bortfalle etter utlendingsretten.

1.3 Definisjoner og avgrensninger

1.3.1 Utlending

Utlendingsloven regulerer ”utlendingers adgang til riket og deres opphold her”, jamfør utlendingsloven § 1. Hovedregelen er at ”enhver som ikke er norsk statsborger” er utlending etter utlendingsloven, jamfør utlendingsloven § 48.

Vi har ulike typer utlendinger, beroende på deres geografiske tilhørighet. Hva slags utlending man er, er avgjørende for når man må ha tillatelse og hva slags tillatelse man kan få. Utlendingslovens definisjoner trekker opp den nærmere grense for hvilke regelsett som skal følges hva angår arbeidstillatelser.

1.3.2 Ulike typer utlendinger

Utgangspunktet i utlendingsloven § 48, 1. ledd, 1. punktum er at regelverket gjelder alle utlendinger, men for tre grupper er det gitt til dels eller fullt ut erstattende særregler.

Nordiske borgere er i stor grad likestilt med norske borgere og er unntatt fra kravet om oppholds- og arbeidstillatelse, jamfør utlendingsloven § 6, 3. ledd og utlendingsforskriften § 8, 1. ledd. Dette er en konsekvens av en overenskomst om et felles nordisk arbeidsmarked.¹ Dermed vil ikke problemstillinger rundt arbeidstillatelser oppstå for nordiske borgere, selv om de per lovens definisjon er utlendinger.

¹ Overenskomst av 22. mai 1954, utvidet ved protokoll av 6. mars 1982, mellom Norge, Finland, Sverige og Danmark.

For utlendinger tilknytter diplomatiet gjelder det egne regler, jamfør utlendingsloven § 48, 2. ledd, § 6, 3. ledd og utlendingsforskriften §§ 159-160. Disse reglene vil ikke bli behandlet i avhandlingen.

Det er gitt egne regler i utlendingsloven for EØS-borgerne.² EØS-avtalens utgangspunkt er fri bevegelighet for EØS-borgerne og deres nærmeste familiemedlemmer på EØS-territoriet.³ Dette er et unntak fra utlendingslovens utgangspunkt om at tillatelse til opphold eller arbeid som hovedregel ikke skal gis, med mindre nærmere vilkår er oppfylt.⁴ Av denne grunn skal det i praksis en del til for at en EØS-borgers arbeidstillatelse bortfaller. At et slikt bortfall er lite praktisk, kombinert med hensynet til omfanget av denne avhandlingen, gjør at EØS-borgerne ikke vil bli behandlet i denne avhandlingen.

Utlendinger som verken er nordiske borgere eller EØS-borgere benevnes ofte som tredjelandsborgere.⁵ Det er tredjelandsborgerne som typisk faller inn under definisjonen av utlending i utlendingsloven § 48, 1. ledd, 1. punktum. Disse må oppfylle utlendingslovens alminnelige vilkår for å få rett til opphold og arbeid i Norge.⁶ For tredjelandsborgerne stilles det strengere krav for å få opphold og arbeid enn for borgere fra Norden og EØS. Det er for disse utlendingene problemstillinger rundt arbeidstillatelsen og dens betydning for arbeidsforholdet er mest aktuell. Det er tredjelandsborgerne jeg vil konsentrere meg om i denne avhandlingen. Når begrepet ”utlending” brukes i det følgende er det tredjelandsborgerne det siktes til.

1.3.3 Arbeidstaker

I arbeidsmiljølovens forstand er man en arbeidstaker når man ”utfører arbeid i en annens tjeneste”, jamfør § 3. En utlending er ofte også en arbeidstaker. Dersom

² Utlendingsloven § 48, §§ 50-58a, utlendingsforskriften §§ 172-196

³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) artikkel 28

⁴ Utlendingsloven § 6

⁵ Utlendingsrett 2004, s. 283. KRDs rundskriv H-06/02

⁶ Utlendingsloven § 6

arbeidstakeren er tilsatt i ”virksomhet som sysselsetter arbeidstakere”, jamfør § 2, og han er tilsatt hos en ”arbeidsgiver”, jamfør § 4, kommer arbeidsmiljøloven til anvendelse.

Arbeidstakerbegrepet har en grense mot selvstendige oppdragstakere, det vil si mot dem som påtar seg arbeid for egen regning og risiko. Oppdragstakerne faller ikke inn under arbeidsmiljøloven, jamfør lovens § 3.⁷ Selvstendige oppdragstakere trenger riktignok arbeidstillatelse de også, jamfør utlendingsloven § 6, 1. ledd og utlendingsforskriften § 3, 2. ledd, litra c. Ettersom denne behandlingen er begrenset til arbeidsforholdet og bortfall av arbeidstakers arbeidstillatelse, faller oppdragstakere utenfor behandlingen.

1.3.4 Arbeidstillatelse

En utlending som ”akter å ta arbeid mot eller uten vederlag” må i utgangspunktet ha arbeidstillatelse, jamfør utlendingsloven § 6, 1. ledd. Avgjørende for kravet om arbeidstillatelse er om man har til hensikt å ta arbeid i riket, og begrepet ”arbeid” tolkes vidt.⁸ Eksempelvis faller ”vennetjenester” innenfor begrepet, siden § 6, 1. ledd også inkluderer arbeid ”uten vederlag”. En gitt arbeidstillatelse gir som hovedregel rett til å ta arbeid i hele riket, jamfør utlendingsloven § 7, 3. ledd.

Utlendingsloven § 6, 1. ledd gir hjemmel for arbeidstillatelse, mens § 6, 2. ledd gir hjemmel for oppholdstillatelse. Dette er to separate hjemler. En kan ha rett til opphold uten å ha rett til arbeid.⁹ Har man derimot en rett til arbeid, ligger det implisitt i dette at man også har rett til opphold. Det er utlendingens rett til arbeid som danner grunnlag for et arbeidsforhold og de problemstillinger som knytter seg til det. I denne avhandlingen vil de rene oppholdstillatelser, jamfør § 6, 2. ledd, ikke bli behandlet.

Grunnvilkårene for å få oppholds- eller arbeidstillatelse følger av utlendingsloven § 8 supplert med utlendingsforskriften §§ 18-21a. Videre oppstilles det spesielle vilkår i

⁷ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., s. 102, Rt. 1994 s. 1064 og Rt. 2000 s. 1981

⁸ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, s. 191

⁹ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 191

forbindelse med de ulike grunnlag tillatelsene har. Utover å nevne disse hovedreglene, vil det ut fra oppgavens tema ikke bli gitt noen fullstendig oversikt over de vilkår som oppstilles for å få arbeidstillatelse. Avhandlingen vil i hovedsak konsentrere seg om arbeidsrettens forhold til utlendingsretten, og er således ikke en ren utlendingsrettslig avhandling. Avhandlingen vil likevel ta for seg de ulike typer arbeidstillatelser som finnes, idet det vil være behov for å ta for seg situasjonen knyttet til bortfall av de ulike tillatelser og hvilke konsekvenser dette får for arbeidsforholdet. De ulike arbeidstillatelsene vil bli behandlet i kapittel 3, mens bortfall av arbeidstillatelsen etter utlendingsretten vil bli behandlet i kapittel 4.

Bosettingstillatelse som man kan få etter tre år med arbeids- eller oppholdstillatelse, jamfør utlendingsloven § 12, vil ikke bli behandlet. En bosettingstillatelse gir rett til opphold og til å ta arbeid uten tidsbegrensning, og med sikte på varig opphold.¹⁰ Dermed er det lite praktisk at bosettingstillatelsen bortfaller og således får betydning for arbeidsforholdet.

1.3.5 Den videre begrepsbruk

Både begrepet utlending og begrepet arbeidstaker er nå definert for denne avhandlingens del. Det kan virke upraktisk å bruke disse to benevnelsene om hverandre, siden utlendingen og arbeidstakeren i realiteten er en og samme person. På den annen side er utlendingen ”utlending” etter utlendingsloven¹¹, og ”arbeidstaker” etter arbeidsmiljøloven¹². Dermed vil disse benevnelsene brukes om hverandre, avhengig av hvilket begrep som passer best i den aktuelle kontekst.

Bortfall av arbeidstillatelsen skyldes dens tidsbegrensede varighet, fordi den løper ut på dato og ikke kan fornyes når vilkårene for den ikke lenger foreligger. Et tilbakekall etter utlendingsloven § 13 er i prinsippet noe annet enn et bortfall, fordi tilbakekall forutsetter et vedtak fra Utlendingsdirektoratet (UDI). Virkningen ved tilbakekall er

¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 198

¹¹ Utlendingsloven § 48

¹² Arbeidsmiljøloven § 3

imidlertid den samme som ved bortfall; Retten til arbeid i riket opphører. I det følgende omtales derfor begge disse situasjoner som bortfall av arbeidstillatelse.

1.3.6 Tilgrensende problemstillinger som ikke vil bli behandlet

De ansatte i staten og deres arbeidsforhold reguleres av en egen lov; Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 (tjenestemannsloven). Arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven regulerer dermed ulike typer arbeidstakere. Tjenestemannslovens oppsigelsesvern er imidlertid innholdsmessig likt det i arbeidsmiljøloven.¹³ Behandling av tjenestemannsloven utelates derfor for å unngå en dobbeltbehandling av to regelsett som i realiteten er ganske like. For det andre utelates behandling av den grunn at forarbeidene til ny arbeidsmiljølov foreslår å harmonisere fullstendig stillingsvernsreglene i tjenestemannsloven med arbeidsmiljølovens regler.¹⁴ Dette gjøres ved å bringe tjenestemennenes stillingsvern inn under den nye arbeidsmiljøloven.

I forbindelse med oppsigelsesvernet er det vernets materielle innhold som vil bli behandlet.¹⁵ Arbeidsmiljølovens saksbehandlingsregler og formkrav vil ikke bli behandlet.¹⁶ Særregler for midlertidig ansatte og prøvetidsansatte utelates også i avhandlingen.¹⁷

Reaksjonene bortvisning¹⁸ og utvisning¹⁹ etter utlendingsloven kan virke inn på muligheten for den fysiske tilstedeværelse og således få betydning for arbeidsforholdet. Dessuten kan grunnlaget for at arbeidstillatelsen bortfaller være det samme som grunnlaget for bortvisning og utvisning. Bortvisning og utvisning har utover dette liten

¹³ Tjenestemannsloven § 9

¹⁴ Ot.prp. nr. 49 2004-2005 Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) s. 246-255

¹⁵ Arbeidsmiljøloven § 60 og § 66

¹⁶ Arbeidsmiljøloven §§ 57, 61-63

¹⁷ Arbeidsmiljøloven § 58a og § 63

¹⁸ Utlendingsloven §§ 27, 28 og 57

¹⁹ Utlendingsloven §§ 29, 30 og 58

betydning i forhold til denne avhandlingens problemstillinger. Reaksjonene vil kun behandles der de har betydning for arbeidsforholdet.

Straffansvar etter utlendingsloven vil kun bli behandlet i den grad arbeidstaker eller arbeidsgiver kan pådra seg et straffansvar i forbindelse med arbeidsforholdet.

Utlendingen kan ha økonomiske rettigheter å falle tilbake på dersom han står uten arbeid, eksempelvis etter lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (folketrygdloven), lov om sosiale tjenester m.v. av 13. januar 1991 nr. 81 (sosialtjenesteloven) eller lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989 nr. 69 (forsikringsavtaleloven). Disse eventuelle rettighetene vil denne avhandlingen ikke ta for seg. Slike økonomiske rettigheter kan riktignok sikre utlendingen dersom arbeidervernlovgivning ikke gjør det, men rettighetene gir ikke løsning på de arbeidsrettslige spørsmål.

2 Rettskildene

2.1 Innledning

Rettsproblemløsningsprosjektene som reiser seg i avhandlingen ligger i et krysningsfelt mellom utlendingsrett og arbeidsrett. Både utlendings- og arbeidsrettslige rettskildefaktorer vil dermed være av relevans og vekt i løsningen av denne avhandlingens problemstillinger.

2.2 Utlendingsrett

2.2.1 Utlendingslov og utlendingsforskrift

Utlendingsloven og utlendingsforskriften er det sentrale regelverk på dette området. Loven er en typisk rammelov, som skal tilgodese behovet for politikernes handlefrihet i forhold til regulering av innvandring til riket.²⁰ Denne dynamikken fremgår av utlendingsloven § 5, 1. ledd, som sier at ”Stortinget godkjenner hovedprinsippene for regulering av innvandringen”. Dette fremgår også av § 5, 2. ledd, som overlater til regjeringen å gi ”forskrift om regulering av innvandringen”. Dermed er også utlendingsforskriften av betydning.

På nærmere vilkår gir loven rett til opphold, rett til arbeid og rett til beskyttelse. På den annen side pålegger den utlendinger i Norge andre plikter enn personer med norsk statsborgerskap. Kravet om arbeidstillatelse etter lovens § 6,1. ledd er et typisk eksempel på en plikt utlendinger har, og som ikke påligger norske statsborgere.

Det foreligger for tiden forslag til ny utlendingslov.²¹ Dermed må man ta disse nye forarbeidene med i betraktning i tillegg til forarbeidene til gjeldende utlendingslov.²²

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 190

²¹ NOU 2004: 20 Utlendingslovutvalget

Forarbeidene til den gjeldende loven kan gi veiledning på hvordan de gjeldende lover skal fortolkes. Forarbeidene til den nye loven kan særlig si noe om hvilke endringer i rettstilstanden som lovgiver har påtenkt, selv om endringene så langt ikke er gjeldende rett.

2.2.2 Annen lovgivning og internasjonale regler

Utlendingsloven med forskrift er ikke uttømmende for hvilken rettstilling utlendinger har i Norge. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 nr. 54 (forvaltningslov) og arbeidsmiljølov er blant annen lovgivning som kan ha betydning for utlendingers rettstilling.

Det finnes mange internasjonale konvensjoner på utlendingsrettens område.²³

Utlendingsloven § 4 henviser også til internasjonale regler, og forutsetter at loven anvendes i samsvar med dem.

2.2.3 Rundskriv

Utlendingsrett er spesiell forvaltningsrett og forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjelder.²⁴ Mange av reglene i utlendingsloven og utlendingsforskriften er utfyllende regulert i rundskriv.²⁵ Disse rundskrivene, særlig fra UDI, gir uttrykk for forvaltningens praksis. Forvaltningspraksis er imidlertid underordnet lovtekster, forarbeider og domstolspraksis i rettskildeteorien.²⁶

²² NOU 1983: 47, Ot.prp. nr.46 (1986-87) og Innst.O. nr.92 (1987-88) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

²³ Eksempelvis Flyktningkonvensjon, Europeisk Menneskerettskonvensjon, EØS-avtalen og Schengen-samarbeidet

²⁴ Utlendingsloven § 32

²⁵ Utlendingsrett 2004, s. 55

²⁶ Eckhoff 2000, s. 233

2.3 Arbeidsrett

2.3.1 Arbeidsavtalen og dens rammer

Rettskildebildet i arbeidsretten er sammensatt. Utover de tradisjonelle rettskildefaktorer slik som lovgivning, forskrift, forarbeider og rettspraksis, preges arbeidsretten også av særegne rettskildefaktorer som tariffavtaler, arbeidsreglementer og den individuelle arbeidsavtale. Arbeidsretten baserer seg dermed mye på avtalemekanismen. De individuelle arbeidsavtaler danner et utgangspunkt for reguleringen av partenes rettigheter og plikter i arbeidsforholdet. Tariffavtaler spiller også en vesentlig rolle for regulering av arbeidsforholdet.

Det settes imidlertid grenser for avtalefriheten der man befinner seg på arbeidsmiljølovens område; Arbeidsmiljøloven § 5 fastslår at loven er ufravikelig med mindre noe annet er bestemt. Dette for å beskytte den antatt svakere part i arbeidsforholdet, det vil si arbeidstakeren. Det er adgang til å avtale bedre vilkår for arbeidstaker enn dem som fremgår av loven.

2.3.2 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven er den sentrale lov innen arbeidsretten. Ved siden av denne har vi særskilt lovgivning som regulerer spesielle rettigheter og plikter i arbeidsforholdet, så som for eksempel lov om ferie av 29.april 1988 nr. 21 (ferieloven). Det er imidlertid arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern som er sentrale for denne avhandlingens rettsspørsmål.

Det foreligger for tiden forslag til ny arbeidsmiljølov.²⁷ I grove trekk er den nye loven en kodifisering av gjeldende rett, men den vil også innebære noen endringer i rettsstilstanden. Forarbeidene til den nye loven kan få relevans ved tolkningen av gjeldende arbeidsmiljølov. Loven trer sannsynligvis i kraft 1.1.2006, men med noen endringer på grunn av regjeringsskiftet. På de områdene det ikke er varslet endringer i

²⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. og NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget

den nye loven kan de nye forarbeidene ha vekt, selv om det ikke dreier seg om gjeldende rett.

2.3.3 Arbeidsrettens rettspraksis

De arbeidsrettslige problemstillinger i denne avhandlingen dreier seg om arbeidsgivers adgang til oppsigelse eller avskjed. Det er forutsatt at adgangen til oppsigelse og avskjed må følge den sosiale utviklingen ellers i samfunnet, og at det i den forbindelse må foretas en konkret rimelighetsvurdering.²⁸ Dette gjelder både tolkingen av ”saklig grunn”, jamfør arbeidsmiljøloven § 60, nr. 1, og ved ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold”, jamfør arbeidsmiljøloven § 66. Det finnes etter hvert en del høyesterettspraksis som omhandler adgangen til oppsigelse og avskjed.

I forhold til den problemstilling denne avhandlingen behandler finnes det imidlertid lite rettspraksis. For det første blir det da et spørsmål om hvor mye vekt man kan legge på avgjørelser fra domstolene som ikke har det samme faktum, men der noen av de samme hensynene gjør seg gjeldende. I rettskildelæren er det lagt til grunn at man kan bruke slike dommer som argumenter, men at argumentets vekt blir mindre jo fjernere spørsmålene er fra hverandre.²⁹ For det andre blir det et spørsmål om hvilken vekt man kan tillegge underrettspraksis, dersom disse dommene tar opp problematikken og har et liknende faktum. Tradisjonelt har underrettspraksis liten vekt i rettskildelæren. Men på områder med lite høyesterettspraksis og mye underrettspraksis er det enighet om at underrettspraksisen likevel kan være viktig.³⁰

²⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø, s. 72, Ot.prp. nr. 50 (1993-94) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., s. 10

²⁹ Eckhoff 2000, s. 171

³⁰ Eckhoff 2000, s. 162 og Fanebust 2001, s. 49-52

2.3.4 Internasjonale regler

På arbeidsrettens område er de viktigste internasjonale kilder EU-regelverk og ILO-konvensjoner. I forhold til det feltet innen arbeidsretten som blir behandlet her, fremstår ingen av de internasjonale rettskildene som problematiske.

3 Ulike arbeidstillatelser

3.1 Innledning

Utlendingslovens formål er todelt, jamfør § 2. Det ene formålet er å sikre en kontrollert innvandring, jamfør § 2, 1. ledd. Det andre formålet er å sikre utlendingens rettsikkerhet i Norge, jamfør § 2, 2. ledd, og å verne utledninger som trenger det mot forfølgelse, jamfør § 2, 3. ledd.

Påbudet om arbeidstillatelse i utlendingsloven § 6 søker å balansere hensynet til en kontrollert innvandring og hensynet til utlendingens rettssikkerhet. Dette gjøres ved å oppstille vilkår for tillatelsen i lov og forskrift.³¹ Utlendingsmyndigheten må ha et rettslig grunnlag for å avslå søknad på tillatelsen.³² Samtidig åpnes det for myndighetenes skjønn.³³

Det finnes to måter en utlending kan få arbeidstillatelse på; For det første kan han få arbeidstillatelse fordi det er konkrete jobbmuligheter for ham i riket. Dette kalles heretter arbeidsinnvandring. For det andre kan han få arbeidstillatelse i forbindelse med innvandring som ikke har sin bakgrunn i utlendingens jobbmuligheter, eksempelvis hvis han er her som asylsøker. Dette kalles heretter annen innvandring.

³¹ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 55-59, Utlendingsrett 2004, s. 127

³² Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 54-55

³³ Utlendingsloven § 5, 2. ledd

3.2 Arbeidsinnvandring

3.2.1 Oversikt og grunnvilkår

Et grunnvilkår for å få arbeidstillatelse er at det foreligger et konkret arbeidstilbud, jamfør utlendingsforskriften § 2, 1. ledd, nr. 1. Det er dette konkrete arbeidstilbudet fra arbeidsgiver som danner grunnlaget for utlendingens rett til opphold og arbeid i riket.

De øvrige grunnvilkår i utlendingsloven § 8, 1. ledd og utlendingsforskriften §§18-20 må også være oppfylt. Dette er vilkår som knytter seg til bolig og underhold, og at det ikke må foreligge noen bortvisnings- eller utvisningsgrunn.

Det finnes flere typer arbeidstillatelser som kan gis når det foreligger et konkret tilbud om arbeid. Dette er de vanligste; spesialisttillatelse³⁴, sesongarbeidertillatelse³⁵, arbeidstillatelse for au pair³⁶, arbeidstillatelse for praktikant³⁷, arbeidstillatelse for arbeidende gjest i landbruket³⁸, arbeidstillatelse for fiskeindustriarbeider³⁹ og gruppearbeidstillatelse⁴⁰. For alle disse tillatelsene er det oppstilt spesielle vilkår som må være oppfylt i tillegg til grunnvilkåret om et konkret arbeidstilbud.

I det følgende vil kun to av de ovenfor oppramsede arbeidstillatelsene bli gjennomgått. Dette for å illustrere at det er ulike spesielle vilkår som må være oppfylt for de ulike tillatelsene. Spesialisttillatelsen vil bli gjennomgått, fordi dette trolig er det vanligste grunnlaget for arbeidsinnvandring. Videre vil gruppearbeidstillatelser bli gjennomgått, fordi de er vesenforskjellige fra individuelle arbeidstillatelser, noe som kan få betydning i arbeidsrettslige spørsmål.

³⁴ Utlendingsforskriften § 3, 2. ledd

³⁵ Utlendingsforskriften § 5, 3. ledd, litra a

³⁶ Utlendingsforskriften § 4a, 2. ledd bokstav b

³⁷ Utlendingsforskriften § 4a, 2. ledd, litra a

³⁸ Utlendingsforskriften § 5, 3. ledd, litra b

³⁹ Utlendingsforskriften § 4a, 2. ledd, litra f

⁴⁰ Utlendingsloven § 10, utlendingsforskriften §§ 26-31

3.2.2 Spesialister

Spesialisttillatelse gis dersom de spesielle vilkårene i utlendingsforskriften § 3, 2. ledd, litra a er oppfylt.

En spesialist er en person som er fagutdannet eller som har spesielle kvalifikasjoner som det er behov for i Norge. Dessuten må hans kompetanse være nødvendig for virksomheten. Stillingen må heller ikke kunne besettes ved innenlandsk arbeidskraft eller arbeidskraft fra EØS-området.

3.2.3 Gruppearbeidstillatelser

Utlendingsloven og utlendingsforskriften har egne regler for gruppearbeidstillatelser.

Gruppearbeidstillatelsen har, i likhet med spesialisttillatelsen, som grunnvilkår at utlendingen får et konkret arbeidstilbud. For gruppearbeidstillatelsen følger dette grunnvilkåret indirekte av utlendingsloven § 10 og utlendingsforskriften §§ 26-27.

Ved søknad om gruppearbeidstillatelse er det arbeidsgiver som søker, jamfør utlendingsloven § 10. Ved individuelle tillatelser er det derimot utlendingen selv som har ansvar for å søke, jamfør utlendingsloven § 8. På dette punktet er det en vesensforskjell på gruppearbeidstillatelsen og den individuelle arbeidstillatelse.

Gruppearbeidstillatelsen gir arbeidsgiver rett til å ha i arbeid et bestemt antall utenlandske arbeidstakere for et tidsbegrenset oppdrag, jamfør utlendingsloven § 10 og de utfyllende bestemmelser i utlendingsforskriften §§ 26-31. Stillingen må ikke kunne besettes ved innenlandsk arbeidskraft, jamfør § 26, 3. ledd.

Tillatelsen kan gis for inntil ett år, jamfør utlendingsforskriften § 29.

3.3 Annen innvandring

3.3.1 Oversikt og grunnvilkår

Dette er den innvandringen som i utgangspunktet ikke har sin bakgrunn i et tilbud om arbeid og rikets behov for arbeidskraft.

Det finnes ulike grunnlag for oppholds- og arbeidstillatelse grunnet annen innvandring. Her følger noen eksempler; tillatelse på grunnlag av familiegjennforening⁴¹, tillatelse til asylsøker⁴², tillatelse til utlending med innvilget asyl som får status som flyktning⁴³ og tillatelse på humanitært grunnlag⁴⁴.

For disse typene innvandring må grunnvilkårene i utlendingsloven § 8 og utlendingsforskriften §§ 18-21a være oppfylt. I tillegg er det oppstilt spesielle vilkår for de ulike tillatelsene.

I det følgende vil to av de nevnte grunnlagene for annen innvandring som kan gi rett til arbeidstillatelse bli gjennomgått. Tillatelser på familiegjennforeningsgrunnlag og tillatelser til asylsøkere vil bli gjennomgått, fordi disse er vanlige i praksis, og fordi det heller ikke er upraktisk at de bortfaller.

3.3.2 Familiegjennforening

Enhver har rett til respekt for sitt familieliv.⁴⁵ De nærmeste familiemedlemmer til norsk eller nordisk borger som bor i Norge, eller til utlending som er bosatt her og som har tillatelse uten begrensninger, har etter søknad rett til arbeids- eller oppholdstillatelse. Dette følger av utlendingsloven § 9 og utlendingsforskriften § 22. Tillatelsen avhenger av hovedpersonens utlendingsrettslige status. I utgangspunktet gis tillatelse dersom hovedpersonens opphold i riket antas å bli varig.

⁴¹ Utlendingsloven § 9, utlendingsforskriften §§ 22-23

⁴² Utlendingsloven §§ 17, 6. ledd

⁴³ Utlendingsloven § 18

⁴⁴ Utlendingsloven § 8, 2. ledd og utlendingsforskriften § 21, 5. ledd og § 24

⁴⁵ Europeisk menneskerettskonvensjon av 4 november 1950 artikkel 8

Tillatelse til familiegjenforening avhenger også av familiemedlemmets tilknytning til hovedpersonen. Utlendingsforskriften § 23 angir hvem som skal anses som ”nærmeste familiemedlemmer”.

3.3.3 Asylsøkere

Asylsøker kan innvilges midlertidig arbeids- eller oppholdstillatelse inntil søknaden om asyl blir avgjort, jamfør utlendingsloven § 17, 6. ledd og utlendingsforskriften § 61.

Også den som har fått et ikke endelig avslag på søknaden sin kan innvilges midlertidig tillatelse. I visse tilfelle har asylsøkeren dessuten rett til slik tillatelse, jamfør utlendingsforskriften § 61, 4. ledd.

Den som innvilges asyl, anerkjennes som flyktning og får arbeids- eller oppholdstillatelse, jamfør utlendingsloven § 18.

4 Bortfall etter utlendingsretten

4.1 Innledning

Bortfall av en arbeidstillatelse vil si at den opphører å gjelde uten at det er nødvendig å treffe noe vedtak om det.⁴⁶ Dette fordi tillatelsen er av tidsbegrenset varighet, jamfør utlendingsloven § 7. Utlendingens rett til fornyet tillatelse ved utløpet av den forrige avhenger av at rett til fornyelse fremgår av lov eller forskrift.⁴⁷

For det første kan bortfall finne sted når det i utgangspunktet foreligger en fornyelsesadgang, men vilkårene for tillatelsen ikke er oppfylt i fornyelsesomgangen. Dette følger av utlendingsloven § 11 og utlendingsforskriften §§ 32-37.

For det andre kan bortfall finne sted fordi det for noen typer tillatelser ikke foreligger fornyelsesadgang, jamfør utlendingsforskriften §§ 5 og 5a.

Arbeidstillatelsen kan også tilbakekalles, jamfør utlendingsloven § 13. Et slikt tilbakekall forutsetter at utlendingen er å bebreide for at arbeidstillatelsen ble gitt, ved at han ”mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av betydning”. Han kan eksempelvis ha løyet om at han var spesialist. UDI må her fatte et eksplisitt vedtak om tilbakekall. Selv om tilbakekall i prinsippet er noe annet enn et bortfall, blir virkningen for utlendingen den samme. Han mister sin rett til opphold, eventuelt også sin rett til arbeid.

Muligheten for bortfall og tilbakekall av arbeidstillatelsen viser at utlendingens tilknytning til riket kan være svak. I tillegg til at dette får betydning for utlendingen personlig, kan dette selvfølgelig også få betydning for arbeidsforholdet.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 46 (1986.1987), s. 77-78

⁴⁷ Ibid, s. 70-73

I dette kapitlet vil det bli gitt eksempler på når arbeidstillatelsen i praksis kan bortfalle. Disse bygger på eksemplene i kapittel 3. Videre vil utlendingslovens system for utlendingens søknad om fornyet arbeidstillatelse bli gjennomgått. Dette systemet kan ha betydning for når bortfall med innvirkning på retten til arbeid anses å finne sted. Reglene om tilbakekall vil også kort bli behandlet.

4.2 Bortfall av ulike tillatelser

4.2.1 Spesialister

I utgangspunktet danner arbeidstillatelse på spesialistbakgrunn grunnlag for en varig arbeidstillatelse, jamfør overskriften i utlendingsforskriften § 3.

Dette utelukker imidlertid ikke at vilkårene for tillatelsen kan bortfalle før kravene til varig tillatelse er oppfylt. I et slikt tilfelle har man ikke rett til fornyelse etter utlendingsloven § 11, med mindre man fanges opp av et annet tillatelsesgrunnlag. Det konkrete arbeidstilbudet trekkes eksempelvis tilbake, eller stillingen kan besettes med innenlandsk arbeidskraft i fornyelsesomgangen. Dermed kan bortfall for spesialister tenkes i praksis.

4.2.2 Gruppearbeidstillatelser

Gruppearbeidstillatelsen kan gis for inntil ett år, jamfør utlendingsforskriften § 29. Dermed er denne tillatelsen i sin natur tidsbegrenset. Selv om den kan fornyes etter forskriftens § 3, kan den også bortfalle. Eksempelvis fordi behovet for arbeidskraft i fornyelsesomgangen kan dekkes med innenlandsk arbeidskraft, eller fordi det tidsbestemte oppdraget som ga grunnlag for tillatelsen er fullført.

4.2.3 Familiegjenforening

Tillatelse på familiegjenforeningsgrunnlag avhenger av hovedpersonens utlendingsrettslige status.⁴⁸ Denne statusen kan imidlertid endre seg før tillatelsen blir varig, og hovedpersonens tillatelse kan bortfalle. Dette kan også medføre bortfall av familiemedlemmets tillatelse.

Familiegjenforening avhenger videre av familiemedlemmets tilknytning til hovedpersonen, jamfør utlendingsforskriften § 23. For grupper av disse familiemedlemmene kan tilknytningen til hovedpersonen endre seg, eksempelvis for ektefeller eller samboere dersom forholdet ikke holder. Slik kan grunnlaget for oppholds- eller arbeidstillatelsen, nemlig familiegjenforeningen, falle bort.

4.2.4 Asylsøkere

Statistikk viser at antall asylinnvilgelser i Norge tradisjonelt ligger lavt.⁴⁹ I 2003 ble det innvilget flere søknader enn normalt, og selv da ble utfallet at drøyt 70 % av søknadene ble avslått.⁵⁰ Dette betyr i praksis at det kan være mange midlertidige arbeidstillatelser som bortfaller med det endelige avslag på asyl.

Innvilget asyl kan tilbakekalles dersom man ikke lenger faller inn under flyktningdefinisjonen, jamfør utlendingsloven § 18, 2.ledd og § 16. I praksis skjer dette sjeldent. Det skal en del til for å få innvilget asyl, og det skal en del til for at flyktningstatusen bortfaller.

⁴⁸ Kapittel 3. 3. 2

⁴⁹ NOU 2004: 20 Utlendingslovutvalget, s. 104-106

⁵⁰ Totalt sett ble det innvilget 3789 oppholdstillatelser; Det ble innvilget asyl i 609 av sakene (16%), mens opphold på humanitært grunnlag ble innvilget i 3180 saker (84%)

4.3 Betydningen av å søke fornyet tillatelse i tide

4.3.1 Utlendingslovens tillatelsessystem

Det kan oppstå spørsmål i relasjon til arbeidsforholdet der utlendingens arbeidstillatelse er i ferd med å løpe ut på dato.

Utlendingsloven legger opp til et system der det er av betydning på hvilket tidspunkt utlendingen søker om fornyet tillatelse, jamfør utlendingsloven § 11, 3. ledd og utlendingsforskriften § 39. Dette systemet er praktisk fordi saksbehandlingstiden i utlendingsmyndigheten ofte er lang. Systemet gir mulighet for å fortsette arbeidet som før, selv om søknad om fornyelse ikke er ferdigbehandlet.⁵¹ Dette kan få betydning for arbeidsforholdet.

Systemet med rett til opphold på samme vilkår gjelder bare der tillatelsen kan fornyes. Dette følger av ordlyden i § 39, 1. ledd. I de tilfellene tillatelsen ikke kan fornyes innebærer utløpet av den forrige tillatelsen at utlendingen er her ulovlig og at han plikter å forlate riket, selv om han søker om fornyelse.⁵² Arbeidstillatelsene bortfaller da når den går ut på dato.

4.3.2 Søknad om fornyelse senest en måned før tillatelsen utløper

Utlendingen har en ubetinget rett til ”fortsatt opphold på samme vilkår” etter utlendingsloven § 11, 3. ledd og utlendingsforskriften § 39, 1. ledd, dersom han søker om fornyelse senest en måned før tillatelsen utløper. Han har da de samme rettigheter som med gyldig tillatelse. Han har dermed fortsatt rett til arbeid hvis han har arbeidstillatelse.

Denne retten har han inntil søknaden om fornyelse er ”avgjort”, jamfør utlendingsloven § 11, 3. ledd. Dette er presisert i utlendingsforskriften § 39, 1. ledd, slik at det med ”avgjort” menes ”endelig avgjort”. Retten innebærer at utlendingen kan oppholde seg i riket på samme vilkår inntil vedtak er fattet i klageinstansen eller klagefristen er utløpt.

⁵¹ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 196-197

⁵² UDIs rundskriv 2002-064

I praksis betyr dette at arbeidstillatelsen ikke anses for bortfalt før fornyelsesspørsmålet er endelig avgjort.

4.3.3 Søknad om fornyelse senere enn en måned før tillatelsen utløper

Utlendingen kan også gis rett til opphold på samme vilkår der han søker senere enn en måned før tillatelsen utløper, jmfør utlendingsforskriften § 39, 2. ledd. Her er det opp til utlendingsmyndigheten å avgjøre om det skal gis rett til fortsatt opphold, men i den skjønnsmessige avgjørelsen skal det legges vekt på om søknaden kan ”påregnes innvilget” og om den tidligere tillatelsen er ”av en slik art at den danner grunnlag for bosettingstillatelse”, jmfør utlendingsforskriften § 39, 2. ledd.

Dersom utlendingen etter slik søknad gis rett til opphold på samme vilkår, gjelder retten til arbeid frem til søknaden er endelig avgjort.

Dersom han får avslag i første instans, har han imidlertid ikke rett til å oppholde seg på samme vilkår inntil klageinstansen har fattet sitt vedtak.⁵³ Arbeidstillatelsen anses i disse tilfellene for å ha bortfalt med avslaget i første instans.

4.3.4 Søknad om fornyelse etter at tillatelsen har utløpt

Utlending som har søkt fornyelse etter at tillatelsen har utløpt, har ikke rett til arbeid, eventuelt heller ikke rett til opphold.⁵⁴ Arbeidstillatelsen anses da å ha bortfalt når den går ut på dato.

4.3.5 Situasjonen der avslag på fornyelsessøknad ikke er endelig

Utlendingsloven § 32 fastslår at forvaltningsloven som hovedregel gjelder.

Nær sagt alle avgjørelser knyttet til søknader etter utlendingsloven anses som enkeltvedtak, jmfør forvaltningsloven §2, 1. ledd, litra a og b. Hovedregelen er at

⁵³ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 197

⁵⁴ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 197

enkeltvedtak fattet i første instans kan påklages til annen instans, jamfør forvaltningsloven § 28, 1. ledd, 1. punktum. Et enkeltvedtak blir ikke endelig før klagefristen har utløpt eller før saken er endelig avgjort i klageinstansen.

Der det foreligger avslag på fornyelsessøknad, men avslaget ikke er endelig, viser gjennomgangen ovenfor at utlendingen likevel har rett til opphold på samme vilkår hvis han har søkt i tide. Utlendingen har med andre ord her en rett til å fortsette i arbeid inntil et vedtak om avslag er endelig, hvis han opprinnelig hadde en arbeidstillatelse.

Der utlendingen har søkt for sent medfører søknadssystemet etter utlendingsloven at utlendingen ikke har tillatelse som gir rett til arbeid. I tiden frem til fornyelsesspørsmålet vurderes av UDI vil utlendingens arbeid da stride mot lovpåbudet i utlendingsloven § 6.

4.3.6 Situasjonen der avslag på fornyelsessøknad er endelig

Når både UDI og klageorganet, vanligvis Utlendingsnemnda⁵⁵, har fastslått at tillatelsen ikke kan fornyes, er fornyelsesspørsmålet endelig avgjort i forvaltningen.

Der det foreligger et endelig avslag på søknad om fornyet arbeidstillatelse, har ikke utlendingen rett til arbeid lenger. Arbeidstillatelsen har da bortfalt, og arbeid vil stride mot lovpåbudet i utlendingsloven § 6.

Når klagemulighetene er uttømt og vedtaket skal effektueres, kan saken gjøres til gjenstand for domstolskontroll. Arbeidstaker må da nedlegge påstand om at vedtaket er ugyldig. Det vil normalt ta lang tid før det foreligger en endelig avgjørelse i et søksmål. Saksanlegg har som hovedregel ingen oppsettende virkning. Arbeidstaker kan begjære midlertidig forføyning, men slik forføyning vil bare være aktuelt hva angår uttransportering av riket.⁵⁶ Retten til arbeid har dermed bortfalt med det endelige vedtak

⁵⁵ Utlendingsloven § 38, 3.ledd og § 38a

⁵⁶ Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr. 86 (tvangsfullbyrdselsloven) § 15-8, 1. ledd, Utlendingsrett 2004, s. 390-391

i forvaltningen, i hvert fall inntil det foreligger en avgjørelse i søksmålet med motsatt utfall.

4.4 Tilbakekall

Utlendingsmyndigheten må fatte et eksplisitt vedtak om at utlendingens arbeidstillatelse tilbakekalles, jamfør utlendingsloven § 13. Utlendingen kan da klage over vedtaket etter reglene i forvaltningsloven, jamfør utlendingsloven § 32 og forvaltningsloven §2, 1. ledd, litra a og b og § 28. 1. ledd.

Ifølge utlendingsloven § 39, 1. ledd, 3 pkt. kan vedtaket ikke iverksettes før det er endelig. Med iverksetting menes at utlendingen forlater Norge, jamfør utlendingsloven § 41, 1. ledd. Tilbakekallet medfører imidlertid at utlendingen mister sin rett til arbeid, selv om han ikke må ut av riket.

4.5 Forslag i ny utlendingslov om tillatelsessystemet

I den nye utlendingsloven foreligger et forslag om å slå sammen oppholds- og arbeidstillatelser til en type tillatelse, og å gi den betegnelsen oppholdstillatelse.⁵⁷

Begrunnelsen er at retten til arbeid er en så grunnleggende rettighet at den som hovedregel bør følge med retten til opphold. Begrensinger i retten til arbeid vil da kreve særskilt hjemmel.

Et spørsmål som oppstår som følge av lovforslaget er om dette vil få betydning for hyppigheten av bortfall. På den ene siden vil som hovedregel ikke den problemstilling oppstå at man har rett til opphold uten rett til arbeid. Problematikken ved at man har rett til opphold, men ikke rett til arbeid, vil dermed i stor grad forsvinne. Dette kan virke inn på hyppigheten av bortfall. På den annen side vil problemstillingen like fullt gjøre seg gjeldende i praksis fordi den nye typen oppholdstillatelse også kan bortfalle. Reglene om fornyelse og tilbakekall vil i ny utlendingslov i det vesentlige videreføre gjeldende

⁵⁷ NOU 2004: 20, s. 25-26 og s. 94, forslag til ny utlendingslov § 70

rett.⁵⁸ Dessuten vil det fortsatt eksistere flere ulike grunnlag oppholdstillatelser kan gis på, og det kan være flere grunner til at tillatelser bortfaller.

Spørsmålet om bortfall og betydningen for arbeidsforholdet vil etter dette fortsatt oppstå der oppholdstillatelsen bortfaller, men utlendingsmyndighetenes vedtak ikke er endelig, eller utlendingen av andre grunner ikke må ut av landet med en gang.

⁵⁸ NOU 2004: 20, s. 98 og s. 326, forslag til ny utlendingslov § 71 og § 73

5 Bortfall av arbeidstillatelsen før tiltredelse

5.1 Innledning

Etter vanlig språkbruk har tiltredelse funnet sted når den ansatte har møtt frem til avtalt tid og sted for å kunne utføre det arbeid som er avtalt.⁵⁹ Det kan gå en viss tid fra ansettelsesavtale er inngått og til tiltredelse finner sted.

5.2 Avtalerett eller arbeidsrett

Det kan oppstå spørsmål om hva som skjer med utviklingen i arbeidsforholdet der arbeidstillatelsen bortfaller før tiltredelse.

Et arbeidsforhold er et avtaleforhold fra det er etablert. Når det viser seg at arbeidstillatelsen ikke foreligger eller har bortfalt, vil arbeidsgiver ønske å gå fra ansettelsesavtalen med øyeblikkelig virkning. Opphør med øyeblikkelig virkning vil ikke alltid være mulig etter arbeidsmiljølovens regler.⁶⁰ Spørsmålet er om arbeidsgiver kan gå fra ansettelsesavtalen gjennom avtalelovens ugyldighetsregler eller læren om bristende forutsetninger, fremfor gjennom opphørsreglene i arbeidsmiljøloven.

Sagt på en annen måte dreier dette seg om arbeidsforholdet anses oppstått ved arbeidsavtalens etablering, eller først ved tiltredelsen.⁶¹

I det følgende vil de avtalerettslige grunnlag som kan være anvendelige bli kort gjennomgått. Deretter vil det bli foretatt en konkret vurdering av om det er avtaleretten eller arbeidsretten som kommer til anvendelse når arbeidstillatelsen bortfaller i

⁵⁹ Jakhelln 2004, s. 197

⁶⁰ Arbeidsmiljøloven §§ 56 flg.

⁶¹ Dege 2003, s. 85

tidsrommet før tiltredelse. De arbeidsrettslige opphørsregler vil bli grundigere gjennomgått i kapittel 7.

5.3 Avtalerettslig grunnlag for opphør

Et grunnleggende avtalerettslig prinsipp er at avtaler skal holdes, jamfør eksempelvis NL 5-1-2. Dette prinsippet gjelder ikke unntaksfritt.

Et mulig grunnlag for å gå fra ansettelsesavtalen er avtaleloven § 33. Bestemmelsens anvendelsesområde begrenser seg til forholdene ved avtaleinngåelsen. Den kan komme til anvendelse hvis arbeidsgiveren ved avtaleinngåelsen ikke visste om at arbeidstakeren manglet arbeidstillatelse. Dersom arbeidsgiver hadde visst at arbeidstillatelse manglet, hadde han trolig ikke ansatt arbeidstakeren. Arbeidsgiveren må ha vært i aktsom god tro om dette forholdet. Dersom arbeidsgiver enkelt kunne ha avdekket at arbeidstillatelse ikke forelå på ansettelsestidspunktet, kan dette være et moment mot arbeidsgivers aktsomme gode tro. Hvis arbeidsgiver ansetter en mørkhudet mann med dårlig norsk tale, kan dette være indikatorer på at det er lurt å sjekke opp om arbeidstillatelse foreligger.⁶² Videre er det et vilkår at arbeidstakeren er kjent med at han ikke har arbeidstillatelse, jamfør ”maa antages, at han kjendte til”. Som regel vet utlendingen at han ikke har arbeidstillatelse.⁶³

Et annet mulig grunnlag for å gå fra ansettelsesavtalen er avtaleloven § 36.

Bestemmelsen har to funksjoner. For det første fungerer den som en alminnelig ugyldighetsregel, fordi det kan tas hensyn til ”forholdene ved avtalens inngåelse”. For det andre fungerer den som en lempingsregel, fordi den gir hjemmel for lemping av i utgangspunktet gyldige avtaler på grunn av ”senere inntrådte forhold”. Bestemmelsen kan være anvendelig både der det viser seg at arbeidstillatelse manglet allerede ved inngåelse av ansettelsesavtalen, og der arbeidstillatelsen bortfaller i tiden mellom ansettelse og tiltredelse. Vilkåret er at det må være urimelig å opprettholde ansettelsesavtalen. Urimelighet er i seg selv et strengt kriterium. Hovedregelen er at

⁶² Utlendingsrett 2004, s. 583-585

⁶³ Utlendingsloven § 6

avtaler skal holdes.⁶⁴ Hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i avtaleforhold taler for at det skal mye til før urimelighet konstateres.⁶⁵

Det er som hovedregel arbeidstakers ansvar at arbeidstillatelsen foreligger.⁶⁶ Dette er imidlertid ikke nok til å konstatere urimelighet, fordi urimelighet må vurderes konkret. Hvis arbeidstillatelsen manglet allerede ved ansettelsen, vil arbeidsgivers undersøkelsesplikt, jamfør ovenfor, spille inn i rimelighetsvurderingen.⁶⁷ Hvis arbeidstillatelsen bortfaller mellom ansettelse og tiltredelse, spiller undersøkelsesplikten mindre rolle.⁶⁸ Ansettelsesavtalen ble nemlig inngått mens arbeidstillatelse forelå. I begge tilfelle er forholdet til utlendingsretten et tungtveiende moment. Arbeidsgiver risikerer straffansvar etter utlendingsloven, noe som vil behandles i kapittel 6. Dette bør han kunne forebygge ved å gå fra ansettelsesavtalen. Samlet sett tyder dette på at urimelighet foreligger og at § 36 er anvendelig.

Et tredje mulig grunnlag for å gå fra ansettelsesavtalen er den ulovfestede læren om bristende forutsetninger utviklet gjennom høyesterettspraksis. I Rt. 1999 s. 922, den såkalte AF Salhus Flytebru-dommen, gir Høyesteretts førstvoterende en god oppsummering for anvendelsen av læren om bristende forutsetninger; ”For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies det gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiveren, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være ”relevant”, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”

Det er naturlig å tro at arbeidsgiver ikke ville ha ansatt en arbeidstaker uten arbeidstillatelse, fordi arbeidstillatelsen er en forutsetning for arbeidsforholdet. Dette er

⁶⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-83), s. 30

⁶⁵ Woxholt 2003, s. 381

⁶⁶ Utlendingsloven § 8, utlendingsforskriften § 11

⁶⁷ § 36 som ugyldighetsregel

⁶⁸ § 36 som lempingsregel

normalt også synbart for arbeidstakeren, siden han er klar over at han trenger arbeidstillatelse for å ha rett til arbeid.⁶⁹ Spørsmålet blir da hvem som bør bære risikoen for utviklingen i kontraktsforholdet. Etter utlendingsretten er det som hovedregel utlendingens ansvar at han har arbeidstillatelse. Arbeidstaker bør da som hovedregel også ha risikoen i kontraktsforholdet når arbeidstillatelsen bortfaller. Etter dette tyder ting på at arbeidsgiver kan gå fra ansettelsesavtalen under henvisning til læren om bristende forutsetninger, dersom avtaleretten er anvendelig.

Et fjerde mulig grunnlag for å gå fra ansettelsesavtalen er avtaleloven § 30, som omhandler svik. Det skal imidlertid mye til for at svik anses å foreligge, og bestemmelsen er lite praktisk.

I det følgende vil det bli vurdert om avtaleretten er anvendelig.

5.4 Ansettelsesavtalen som tolkingsmoment

Det kan anføres at ansettelsesavtalen må bedømmes etter avtalerettslige regler inntil tiltredelse har skjedd. Dette fordi det først er fra tiltredelsen man i ordets rette forstand er en arbeidstaker som trenger beskyttelse av de arbeidsrettslige regler. På den annen side kan arbeidstakerens behov for vern gjøre seg gjeldende med betydelig styrke også før tiltredelsen.⁷⁰

Arbeidsgiver har styringsrett fra avtaleinngåelsen, siden styringsretten er en nødvendig konsekvens av selve ansettelsesavtalen og det lydighets- og underordningsforhold som dermed etableres.⁷¹ Dessuten antas det at arbeidstakers lojalitetsplikt oppstår allerede ved ansettelsesavtalens inngåelse, fordi det fra inngåelsen foreligger et kontraktsforhold som forutsetter lojalitet.⁷² Arbeidstaker har imidlertid ingen plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon før han skal tiltre.

⁶⁹ Utlendingsloven § 6

⁷⁰ Jakhelln 2004, s. 197

⁷¹ Jakhelln 2004, s. 41

⁷² Rt. 1990 s. 607, Rt. 1993 s. 300, Rt. 1996 s. 1401, Jakhelln 2004, s. 270

Ansettelsesavtalens lydighets- og underordningsforhold, og det faktum at ansettelsesavtalen er en kontrakt som forutsetter lojalitet og tillit, viser at forholdet mellom partene forplikter allerede fra avtaleinngåelsen. Dette gir imidlertid ikke svar på om det er arbeidsrettens regler som skal anvendes, for også avtalerettens regler legger opp til forpliktelser fra avtaleinngåelsen.

5.5 Loven som tolkingsmoment

Arbeidsmiljøloven angir ikke direkte at tiltredelse er en nødvendig betingelse for at lovens regler skal få anvendelse. Man må likevel merke seg definisjonen av arbeidstaker i arbeidsmiljøloven § 3 nr. 1. Her benyttes formuleringen ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Ordlyden kan gi inntrykk av at den ansatte ikke bare må ha inngått en arbeidsavtale, men også ha tiltrådt arbeidet. Noen slik konsekvens av arbeidstakerdefinisjonen kan ikke sees å være tilsiktet og er ikke konsekvent gjennomført ved arbeidsmiljølovens regler.⁷³ Det kan derfor neppe legges for stor vekt på selve formuleringen i § 3 nr. 1.

Tiltredelsens betydning er for øvrig i liten grad behandlet på prinsipielt grunnlag i lovforarbeidene til de arbeidsrettslige regler.

Ferieloven § 5, 3.ledd bruker formuleringen ”arbeidstaker som tiltrer”. Etter ferieloven er det dermed ikke nok med en arbeidskontrakt, det må foreligge tiltredelse. Hensynet til sammenhengen i regelverket kan tilsi at arbeidsmiljøloven må forstås på samme måte, det vil si at arbeidsmiljølovens regler ikke gjelder før tiltredelse.

Utlendingsloven § 6 omfatter den som ”akter å ta arbeid”. Det er nok at utlendingen har til hensikt å ta arbeid. Han viser at han har en slik hensikt ved å inngå en ansettelsesavtale. Når arbeidstillatelsen har bortfalt, vil en ansettelsesavtale dermed kunne stå i strid med det lovbestemte påbudet i utlendingsloven § 6. Brudd på utlendingsloven kan belegges med straff, jmfør utlendingsloven § 47, som vil bli grundigere behandlet i kapittel 6. Dette kan tilsi at det er avtalerettens regler som skal

⁷³ Jakhelln 2004, s. 198

anvendes før tiltredelsen, fordi det er lettere å komme fra ansettelsesavtalen etter dette regelsettet enn etter arbeidsrettslige regler.

5.6 Rettspraksis

5.6.1 To avgjørelser

Det foreligger to avgjørelser fra Høyesterett som angår spørsmålet om når arbeidsretten avløser den alminnelige kontraktsrett.⁷⁴ Disse vil bli behandlet i det følgende.

5.6.2 Rt. 1988 s.766

I denne saken mottok en kvinnelig arbeidstaker et ansettelsesbrev på at hun var ansatt i et fire måneders vikariat. Hun bekreftet at hun hadde mottatt ansettelsen, men tilkjennega samtidig at hun etter en måneds tid skulle søke permisjon på grunn av graviditet. Dette var ikke opplyst i søknaden.

Her påberopte arbeidsgiver ugyldighet etter avtalelovens ugyldighetsregler før tiltredelse var skjedd. Det fremgår forutsetningsvis av kjennelsen at arbeidsgiver hadde adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør, uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. Rene avtalerettslige betraktninger måtte i denne situasjonen være anvendelige. Kjæremålsutvalget fastslår at arbeidsgiver i denne saken ikke var bundet av arbeidsavtalen, på grunn av en bristende forutsetning.⁷⁵

Kjennelsen forutsetter at avtaleretten på et tidspunkt vil avløses av arbeidsretten. Den klargjør imidlertid ikke på mer generelt plan når de avtalerettslige regler avløses av de arbeidsrettslige. En slik klargjøring kom Høyesterett med i Rt. 2004 s. 76.

⁷⁴ Rt. 1988 s. 766 og Rt. 2004 s. 76

⁷⁵ Det kan stilles spørsmål ved om utfallet i dommen kan opprettholdes. I EF-domstolens dom av 04.10.2001, sak C-109/00 Tele Danmark AS, ble en kvinnelig arbeidstaker sagt opp fra sitt seks måneders vikariat fordi hun ikke hadde opplyst om graviditet ved ansettelsen. EF-domstolen la til grunn at dette stred mot EF-direktiv 76/207 om gjennomføring av likebehandlingsprinsippet for menn og kvinner som angår adgang til beskjeftigelse, ervervsutdannelse, forfremmelse samt arbeidsvilkår. Det ble ikke vurdert som et forhold av betydning at ansettelsesavtalen var inngått for et bestemt tidsrom.

5.6.3 Rt. 2004 s. 76

En mann var blitt fast ansatt som allmennlærer ved en Oslo-skole. Det viste seg etter noe tid at han ikke oppfylte kravene for stillingen, fordi han ikke hadde avlagt tilleggsprøven for allmennlærere med utdanning fra utlandet. Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsforholdet måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om arbeidsgiver i stedet kunne gjøre avtalerettslig ugyldighet gjeldende.

I Rt. 2004 s. 76 la Høyesterett til grunn at tiltredelsestidspunktet utgjorde et skille. I et obiter dictum ga Høyesterett uttrykk for at avtaleretten kunne vært anvendt dersom ugyldighetsgrunnen hadde vært gjort gjeldende før tiltredelsen. I den forbindelse viste Høyesterett til Rt. 1988 s. 766. Etter tiltredelsen, slik tilfelle var i Rt. 2004 s. 76, kom imidlertid Høyesterett frem til at arbeidsmiljølovens regler måtte anvendes.

Den manglende kompetansen ble avdekket først etter at læreren hadde tiltrådt stillingen. Reelle hensyn måtte ifølge Høyesterett tillegges vekt, og dette medførte at læreren måtte være beskyttet av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler; ”Reelle hensyn taler for at arbeidsforholdet da må avvikles etter arbeidsmiljølovens regler. De hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, gjør seg i all hovedsak gjeldende også i disse tilfeller. Stillingsvernsreglene synes å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering hvor arbeidstakeren, til tross en opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen”. Med henvisning til retts tekniske hensyn og hensynet til forutberegnelighet, uttalte Høyesterett at det ikke kunne være avgjørende hvor lenge arbeidstakeren hadde vært i arbeid. Det må være enklere for alle parter å forholde seg til et bestemt tidspunkt, det vil si tiltredelsen, fremfor å la løsningen avhenge av hvor lenge vedkommende har vært i arbeid.

Dommen er enstemmig og av nyere dato, og den skisserer en løsning for når arbeidsretten tar over for avtaleretten. Dette taler for at dommen bør tillegges vekt. På den annen side omhandler denne saken kun en type ugyldighet, nemlig den opprinnelige ugyldighet. Det forelåg en tilblivelsesmangel fordi arbeidstaker allerede fra det tidspunkt han søkte ikke oppfylte de nødvendige krav for stillingen, fordi han ikke hadde avlagt

tilleggsprøven. For denne avhandlingens vedkommende er det ikke gitt at det alltid vil dreie seg om opprinnelig ugyldighet. Det må derfor vurderes konkret hvilken vekt dommen kan ha.

I det følgende vil to situasjoner bli vurdert. For det første den situasjon at det foreligger opprinnelig ugyldighet, ved at arbeidstakeren mangler arbeidstillatelse allerede ved ansettelsen. For det andre den situasjon der det har inntruffet etterfølgende omstendigheter, ved at arbeidstakerens arbeidstillatelse bortfaller i tiden mellom ansettelsesavtalens inngåelse og arbeidstakers tiltredelse.

5.7 Manglende arbeidstillatelse allerede ved ansettelsen

Det kan tenkes at arbeidstaker mangler arbeidstillatelse allerede når ansettelsesavtalen skal inngås, enten fordi han aldri har hatt arbeidstillatelse, eller fordi den har falt bort. Å gjøre bruk av en utlendings arbeidskraft der han mangler arbeidstillatelse kan for arbeidsgiveren medføre straffansvar etter utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a. Arbeidsgiver bør forebygge å komme i en slik situasjon. Det er av denne grunn i arbeidsgivers interesse å sjekke at utlendingen har arbeidstillatelse før en ansettelsesavtale inngås.

Dersom det likevel er slik at arbeidsgiver ved avtaleinngåelsen faktisk ikke visste at utlendingen manglet arbeidstillatelse, kan dette betraktes som en opprinnelig ugyldighetsgrunn. Arbeidstaker har trolig en plikt til å informere om at han ikke har arbeidstillatelse, fordi arbeidstillatelsen er en grunnleggende forutsetning for rett til arbeid. Dette må antas å følge av den ulovfestede alminnelige lojalitetsplikt.⁷⁶ Spørsmålet blir om arbeidsgiver kan påberope avtalerettslig ugyldighet før tiltredelse har funnet sted, eller om han må anvende arbeidsrettens regler om oppsigelse og avskjed.

⁷⁶ Rt. 1990 s. 607, Rt. 1993 s. 300, Rt. 1996 s. 1401, Jakhelln 2004, s. 270

I tradisjonell rettskildelære kan en dom tillegges atskillig rettskildemessig vekt dersom faktum er tilstrekkelig likt og løsningen har gode grunner for seg.⁷⁷ Når arbeidstillatelse mangler allerede ved inngåelsen av ansettelsesavtalen, foreligger det en opprinnelig ugyldighetsgrunn, slik som i både Rt. 1988 s. 766 og Rt. 2004 s. 76. Faktum i Rt. 2004 s. 76 angår riktignok arbeidsgivers innsigelser etter at tiltredelse har funnet sted, og da kommer Høyesterett frem til at arbeidsrettens regler gjelder. Dommen sier imidlertid i et obiter dictum at avtaleretten er anvendelig før tiltredelsen, med støtte i Rt. 1988 s. 766. Faktum i Rt. 1988 s. 766 angår arbeidsgivers innsigelser før tiltredelse har funnet sted.

Høyesterett setter i Rt. 2004 s. 76 tiltredelsen som det avgjørende tidspunkt for overgangen fra avtalerett til arbeidsrett. Dette må tillegges atskillig rettskildemessig vekt når det foreligger en opprinnelig ugyldighetsgrunn på grunn av manglende arbeidstillatelse allerede ved ansettelsesavtalens inngåelse.

Konklusjonen må etter dette bli at avtalerettens regler er anvendelige når arbeidsgiver påberoper ugyldighet før tiltredelse har funnet sted.

5.8 Bortfall av arbeidstillatelse i tiden mellom ansettelsen og tiltredelsen

5.8.1 Etterfølgende omstendigheter, ikke opprinnelig ugyldighet

Det kan tenkes at arbeidsgiveren ansetter en utlending med arbeidstillatelse. Så faller arbeidstillatelsen bort i tidsrommet mellom inngåelsen av ansettelsesavtalen og tiltredelsen. Det foreligger da i utgangspunktet ingen mangler ved ansettelsesavtalen.

Spørsmålet blir om man i disse tilfellene kan gå fra ansettelsesavtalen under henvisning til avtaleretten, som følge av etterfølgende omstendigheter.⁷⁸

Det er liten tvil om at Rt. 2004 s. 76 har relevans i forhold til dette spørsmålet, siden den skisserer en løsning for når arbeidsretten kan avløse avtaleretten. Problemet er

⁷⁷ Eckhoff 2000, s.159 flg.

⁷⁸ Rt. 1922 s. 663 og Rt. 1939 s. 291

imidlertid at faktum i dommen og det faktum som legges til grunn for den videre behandling i dette kapitlet er noe ulikt, med tanke på når grunnlaget for eventuell ugyldighet oppstår. Det er mulig at Rt. 2004 s. 76 kan tillegges en del vekt også for det tilfellet at arbeidstillatelsen bortfaller i tiden mellom ansettelse og tiltredelse. Dette kan imidlertid først besvares når det er foretatt en selvstendig drøftelse av når arbeidsretten tar over for avtaleretten i de tilfeller der det ikke foreligger en opprinnelig mangel ved avtalen.

Rt. 2004 s. 76 satte tiltredelse som det avgjørende tidspunktet for overgangen fra avtalerett til arbeidsrett der ansettelsesavtalen led av en opprinnelig ugyldighetsgrunn. Spørsmålet her er om denne løsningen også er anvendelig der arbeidstillatelsen bortfaller i tiden mellom inngåelsen av ansettelsesavtalen og tiltredelsen.

Kravet om arbeidstillatelse i utlendingsloven § 6 kan gi føringer. Når en ansettelsesavtale kan komme i strid med et lovbestemt påbud, spesielt fordi brudd på § 6 kan medføre straffansvar, peker dette i retning av at man umiddelbart bør kunne gå fra ansettelsesavtalen. Det er imidlertid nødvendig å vurdere konkret om man skal anvende avtalerettens eller arbeidsrettens regler.

Dette spørsmålet er heller ikke direkte behandlet i rettspraksis. Dermed må man falle tilbake på reelle hensyn og behandlingen av spørsmålet i juridisk teori.

Jakhelln mener at det er tvilsomt om arbeidsgiver kan trekke seg fra ansettelsesavtalen før tiltredelse under henvisning til etterfølgende bristende forutsetninger.⁷⁹ Som støtte for dette trekker han blant annet frem to eldre Høyesterettsdommer.⁸⁰ Jakhelln mener at arbeidsgiver heller ikke kan påstå ugyldighet basert på at det vil være umulig å opprettholde ansettelsesavtalen etter avtaleloven § 36. Han baserer sitt syn på at det er arbeidsgivers driftsmessige forhold som vanligvis er bakgrunnen for ønsket om å trekke

⁷⁹ Jakhelln 2004, s. 204 flg.

⁸⁰ Rt. 1922 s. 663 og Rt 1939 s. 291. I dommen fra 1922 var faktum følgende; en mann ble ansatt som skuespiller i planleggingen av et nytt teater. Engasjementet bortfalt fordi teateret ikke ble en realitet. Skuespilleren ble da tilkjent lønn for det året han opprinnelig var ansatt for. Her kan det bemerkes at grunnlaget for opphøret var arbeidsgivers forhold.

seg fra ansettelsesavtalen. Arbeidsgiver foretar eksempelvis omorganisering som medfører overtallighet. Det er da i realiteten arbeidsgiver som bringer den inngåtte arbeidsavtale til opphør, og han skal ikke være tjent med å kunne trekke seg umiddelbart fra ansettelsesavtalen. Arbeidstakeren har begrunnede forventninger om at ansettelsesavtale er inngått, og kan ha innrettet seg på den fremtidige tiltredelse. Jakhelln synes dermed at arbeidsmiljølovens regler bør komme til anvendelse.

Man kan utlede av Jakhellns vurdering at den baserer seg på et slags ansvarsfordelingssynspunkt. Han tar for seg den situasjon der arbeidsgiver står nærmest til å svare for at ansettelsesavtalen bortfaller. I disse tilfellene kommer de arbeidsrettslige regler til anvendelse, fordi disse er mer gunstige for arbeidstaker.

5.8.2 Ansvarsfordelingssynspunktet

En bortfalt arbeidstillatelse kan skyldes ulike forhold.

Bortfallet kan ha sin årsak i arbeidsgivers forhold. Eksempelvis hvis arbeidsgiver trekker tilbake det konkrete jobbtilbud som danner grunnlaget for arbeidstillatelsen, og tilbaketrekningen har sin bakgrunn i driftsmessige disposisjoner.

Bortfallet kan imidlertid også betraktes som arbeidstakers eget forhold. Dette fordi han av ulike grunner ikke lenger oppfyller kravene etter utlendingsloven når han har fått opphold her på grunnlag av annet enn arbeidsinnvandring.⁸¹ Da er det ikke arbeidsgivers driftsmessige disposisjoner som er årsaken til et eventuelt tilbakekall.

Reelle hensyn sett i sammenheng med Jakhellns vurdering kan tilsi at man behandler disse to situasjonene ulikt. Jakhelln fremhever selv, tidlig i drøftelsen om hvilket regelsett som skal anvendes før tiltredelse, at det må tas særlig hensyn til de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i de forskjellige relasjoner. Derfor er det grunn til å tillegge de reelle hensyn betydelig vekt.⁸²

⁸¹ Kapittel 3. 3

⁸² Jakhelln 2000, s. 198

Etter dette kan det være hensiktsmessig å dele drøftelsen i to. Dette samsvarer med ansvarsfordelingssynspunktet og det faktum at ulike hensyn gjør seg gjeldende i ulike situasjoner. Først vil det bli vurdert om avtaleretten er anvendelig der bortfallet av arbeidstillatelsen har sin årsak i arbeidsgivers forhold. Deretter vil det bli vurdert om avtaleretten er anvendelig der bortfallet har sin årsak i arbeidstakers forhold.

5.8.3 Bortfall har sin årsak i arbeidsgivers forhold

Her har bortfallet av arbeidstillatelsen sin årsak i arbeidsgiverens forhold, siden han trekker det konkrete jobbtilbudet tilbake på grunn av sine egne driftsmessige disposisjoner. Situasjonen likner på den situasjon Jakhelln beskriver.

Utlendingslovens krav til arbeidstillatelse kan som nevnt ovenfor tilsa at avtaleretten bør anvendes, fordi det bør være enkelt å gå fra ansettelsesavtalen. Et påbud om arbeidstillatelse oppstilt i utlendingsloven som kan medføre straffansvar veier i utgangspunktet tungt.

På den annen side tilsier de reelle hensyn i denne situasjonen et best mulig vern av arbeidstakeren. Det er arbeidsgivers egne forhold som er årsaken til bortfallet av arbeidstillatelsen. Arbeidsgiveren bør da ikke stille noe bedre før tiltredelse enn etter tiltredelse. Arbeidsrettslige regler åpner for at arbeidsgiveren kan komme fra ansettelsesavtalen ved oppsigelse eller avskjed.⁸³ Det kan bemerkes at oppsigelsen likevel vil ha noen av avtalerettens virkninger. Dette fordi arbeidsforholdet ikke har kommet ordentlig i gang når tiltredelse ikke har funnet sted.

De reelle hensyn tilsier i denne situasjonen at man i valg av regelsett faller ned på den løsning som i prinsippet best beskytter arbeidstaker. Arbeidsrettslige regler bør i dette tilfellet verne om arbeidstakeren allerede fra avtaleinngåelsen. Dette samsvarer med Jakhelln resonnement. Selv om forholdet til utlendingsloven § 6 kan peke i retning av at

⁸³ Arbeidsmiljøloven § 60 og § 66

dette burde vært regulert av avtaleretten, bør ansettelsesforholdet i denne situasjonen reguleres av arbeidsretten. Hensynet til arbeidstaker må veie tungt.

Etter en konkret vurdering må nok konklusjonen bli at arbeidsmiljøloven gjelder før tiltredelse der bortfallet av arbeidstillatelsen har sin årsak i arbeidsgivers forhold.

5.8.4 Bortfall har sin årsak i arbeidstakers forhold

Der bortfallet av arbeidstillatelsen har sin årsak i arbeidstakers forhold, gjør ikke de samme reelle hensyn seg gjeldende som for de tilfellene Jakhelln har i sikte. Det er ikke arbeidsgivers driftsmessige disposisjoner som er årsaken til at arbeidstillatelsen bortfaller.

Årsaken er tvert i mot forhold utlendingen selv står nærmest til å svare for. Eksempelvis der utlendingen ikke lenger oppfyller vilkår for familiegjengenforening, fordi forholdet hans til hovedpersonen har tatt slutt.⁸⁴ Etter utlendingsloven ligger som hovedregel ansvaret for å skaffe til veie arbeidstillatelsen på utlendingen selv. Dette følger av ordlyden i utlendingsloven § 8, og av fremgangsmåten som må følges for å få arbeidstillatelse, jamfør utlendingsforskriften § 11. Selv om det ikke er noe subjektivt å bebreide utlendingen for bortfallet, er det ikke nærliggende at hans kommende arbeidsgiver skal bære ansvaret for at arbeidstillatelsen bortfaller.

Arbeidsgiver vil erfaringsmessig bli varslet av politi, utlendingsmyndigheter eller skattemyndigheter om bortfallet. Som tidligere nevnt har arbeidstaker trolig også en plikt til å informere om at han ikke har arbeidstillatelse, i henhold til den ulovfestede alminnelige lojalitetsplikt.⁸⁵ Arbeidstillatelsen er en forutsetning for arbeidsforholdet, fordi utlendingen ikke har rett til å arbeide uten. Det er dermed viktig for arbeidsgiver å få opplysninger om bortfall av arbeidstillatelse, og arbeidstaker har dermed trolig en plikt til å uoppfordret opplyse om endringer i sin utlendingsrettslige status.

⁸⁴ Kapittel 4. 2. 3

⁸⁵ Rt. 1990 s. 607, Rt. 1993 s. 300, Rt. 1996 s. 1401, Jakhelln 2004, s. 270, kapittel 5. 5

Ansettelsesavtalen kan komme i strid med det lovbestemte påbudet om arbeidstillatelse i utlendingsloven § 6. Siden arbeidstaker ikke har tiltrådt, og siden han selv vet at arbeidstillatelsen hans har bortfalt og hvorfor, har han ikke en berettiget forventning med tanke på tiltredelse i arbeidsforholdet. Disse momentene taler for at arbeidstakeren før tiltredelsen ikke omfattes av det arbeidsrettslige vern.

I Rt. 2004 s. 76 settes tiltredelse som det avgjørende tidspunkt for overgangen fra avtalerett til arbeidsrett. Selv om det i Rt. 2004 s. 76 dreide seg om en opprinnelig ugyldighet, tilsier forholdet til utlendingsloven og utlendingsforskriften at løsningen må bli den samme for etterfølgende tilbakekall som skyldes bortfall av arbeidstillatelsen på grunn av arbeidstakers forhold.

Konklusjonene må nok etter dette bli at arbeidsforholdet må vurderes etter avtalerettens regler, der tilbakekallet skyldes arbeidstakers forhold.

6 Bortfall av arbeidstillatelsen etter tiltredelse

6.1 Innledning

Problemstillingene i dette kapitlet knytter seg til hva som skjer i arbeidsforholdet der arbeidstillatelsen bortfaller etter at arbeidstakeren har tiltrådt stillingen.

Etter tiltredelsen er det som hovedregel arbeidsmiljølovens regler som skal anvendes.⁸⁶ Et spørsmål som må vurderes er om det finnes unntak fra arbeidsmiljølovens anvendelse der arbeid vil være i strid med utlendingsrettens krav om arbeidstillatelse.

6.2 Motstridsspørsmålet mellom arbeidsretten og utlendingsretten

Som tidligere nevnt oppstiller utlendingsloven § 6 et påbud om arbeidstillatelse for å ha rett til arbeid i riket.⁸⁷ Når utlendingen har arbeidstillatelse, har han rett til arbeid, og arbeidsretten regulerer arbeidsforholdet. Utlendingen er da helt likestilt med en norsk arbeidstaker.

Problemet oppstår der arbeidstillatelsen har bortfalt. Da har utlendingen ifølge utlendingsretten mistet sin rett til arbeid. Dermed er det først etter bortfallet at forholdet mellom utlendingsretten og arbeidsretten krever en særskilt drøftelse. Et forhold som er viktig å avklare i denne sammenheng, er på hvilket tidspunkt arbeidstillatelsen anses å ha bortfalt. Det henvises til drøftelsen av bortfall i kapittel 4.

6.3 De ulike hensyn

Arbeidsmiljølovens formål er å styrke den svake part i arbeidslivet, det vil si arbeidstaker, jamfør arbeidsmiljøloven § 1. Et utslag av formålet om å styrke

⁸⁶ Rt. 2004 s. 76

⁸⁷ Kapittel 1. 3. 4 og kapittel 3

arbeidstaker finner man blant annet i reglene om oppsigelsesvern, jmfør § 60.

Arbeidsgiver må ha saklig grunn til oppsigelse. Videre er det regler i arbeidsmiljøloven § 66 som gir grunnlag for å avskjedige arbeidstaker med krav om umiddelbar fratreden der det foreligger ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold”. Det skal mye til for å kunne avskjedige arbeidstaker. Om bortfallet av arbeidstillatelsen etter arbeidsretten ikke vurderes som en avskjedsgrunn, men kun saklig grunn til oppsigelse, vil arbeidstaker ha en rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver må da forholde seg til arbeidsavtalen eller til den lovbestemte minstetiden for oppsigelse.⁸⁸ Den vanskeligste situasjonen oppstår hvis arbeidsgiver ikke kan avskjedige arbeidstaker på grunn av bortfallet av arbeidstillatelsen, mens kravet om arbeidstillatelse hindrer adgangen til arbeid.

Utlendingslovens krav om arbeidstillatelse og arbeidsmiljølovens vern om arbeidstaker kan med andre ord komme i strid med hverandre i ytterste konsekvens. Utlendingsloven forbyr arbeidstakers arbeid, mens arbeidsmiljøloven verner om retten til arbeid. Dette har ikke kommet på spissen i norsk rettspraksis, men dette ble tatt opp i en svensk arbeidsrettsdom fra 1979.⁸⁹ Her var spørsmålet om beslutningen om å avslutte arbeidsforholdet var berettiget. Flertallet i domstolen tok ikke stilling til reglene om oppsigelse og avskjed, men valgte heller å sette til side arbeidervernlovgivningen på grunn av forholdet til utlendingsretten. Spørsmålet er om dette også bør bli løsningen i norsk rett.

Det blir med andre ord et spørsmål om forholdet til utlendingsretten medfører at reglene som verner om arbeidstaker kan settes til side, slik at arbeidsforholdet kan avsluttes med umiddelbar virkning.⁹⁰

⁸⁸ Arbeidsmiljøloven § 58

⁸⁹ AD 1979 nr. 90

⁹⁰ Lunning 2002, s. 75

6.4 Norsk rett

Forholdet mellom arbeidsrett og utlendingsrett der arbeidstillatelsen har bortfalt er ikke direkte behandlet i norsk rett. Arbeidsmiljøloven og utlendingsloven har ikke bestemmelser om dette, og forholdet er heller ikke berørt i forarbeidene. Dessuten finnes det ikke rettspraksis som treffer problemstillingen.

Bestemmelsene om tillatelsessystemet i utlendingsloven § 11, 3. ledd og utlendingsforskriften § 39 sørger riktignok for at retten til arbeid i stor grad ivaretas mens sak om fornyelse er til behandling hos utlendingsmyndighetene. Forarbeidene til utlendingsloven § 11, 3. ledd sier imidlertid ikke noe om forholdet til arbeidervernlovgivningen i de tilfelle der retten til arbeid ikke ivaretas av tillatelsessystemet.

I rettspraksis finnes det to avgjørelser fra Stavanger byrett som angår adgangen til oppsigelse når gruppearbeidstillatelse bortfaller.⁹¹ Her var imidlertid forholdet mellom arbeidsretten og utlendingsretten ikke kommet på spissen på oppsigelsestidspunktet. Arbeidsmiljølovens regler ble anvendt, uten at forholdet til utlendingsretten ble tatt opp.

6.5 Svensk rett

6.5.1 Generelt om bruk av utenlandsk rett

I utgangspunktet er ikke utenlandsk rett en viktig rettskildefaktor. Av og til hentes imidlertid rettskildestoff utenfra, fordi en undertiden finner noe det er verdt å etterlikne.⁹² På utlendingsrettens og arbeidsrettens område har vi ikke med et nordisk lovsamarbeid å gjøre.⁹³ På den annen side berører ikke de tradisjonelt vektige norske rettskildefaktorer problemstillingen. Dette kan begrunne at det hentes argumenter fra et naboland, hvis det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende i norsk og svensk rett.

⁹¹ NAD 1981-83 s. 164 Stavanger byrett, NAD 1988 s. 255 Stavanger byrett

⁹² Eckhoff 2000, s. 283-285

⁹³ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 27. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), s. 5-6 og s. 14-15. Eckhoff 2000, s. 290

Forholdet mellom arbeidsretten og utlendingsretten har som nevnt vært oppe til vurdering i en svensk arbeidsrettsdom, AD 19790 nr. 90. Det bør vurderes om denne løsningen også er anvendelig i norsk rett.

6.5.2 AD 1979 nr. 90

I denne dommen var faktum følgende; arbeidstakerens arbeidstillatelse bortfalt etter at han hadde arbeidet hos arbeidsgiver i et drøyt år. Arbeidstaker måtte slutte på dagen da det ble kjent for arbeidsgiver at arbeidstillatelsen var bortfalt. Arbeidstakeren klaget over bortfallet til utlendingsmyndighetene, han fikk medhold i klagen og ble innvilget midlertidig arbeidstillatelse. Etter dette gikk han til arbeidsrettssak. Arbeidstaker påstod at han var uberettiget avskjediget. Arbeidsgiver påstod at de kunne gå fra arbeidsavtalen under henvisning til bristende forutsetninger.

Flertallet konstaterte at det forelå en konflikt mellom svensk utlendingslov og svensk arbeidervernlovgivning. Arbeidsgivers risiko for straff etter utlendingsloven ble vurdert som et tungtveiende argument for å sette til side arbeidervernlovgivning. Arbeidsgiver var dermed berettiget til å gå fra avtalen på grunn av bristende forutsetninger. Dommen sier imidlertid at utfallet kan bli annerledes i saker med et annet faktum, og at det ikke er gitt at arbeidervernlovgivning settes til side.

Mindretallet, som bestod av en dommer, mente at arbeidsrettens regler kom til anvendelse og at den bortfalte arbeidstillatelse kunne være saklig grunn til oppsigelse. Han mente at arbeidsgiveren, ved å følge reglene om oppsigelse da han fikk kunnskap om bortfallet, ville gått klar av straffansvar.

I dommen ble det gitt en oppfordring til lovgiver om å ta tak i lovkonflikten.

6.5.3 Svensk utlendingsforskrift

Etter at denne dommen falt, ble det gitt nye regler i svensk utlendingsforskrift med sikte på å forhindre kollisjon mellom utlendingslov og arbeidsmiljølov. Den ansatte har på

visse vilkår rett til fortsette i arbeidet mens en søknad om arbeidstillatelse behandles.⁹⁴ Disse reglene forhindrer til en viss grad at en kommer i den situasjon at arbeidstillatelsen bortfaller, slik at dette medfører problematikk i arbeidsforholdet.⁹⁵

Bestemmelsene i svensk utlendingsforskrift har mye til felles med bestemmelsene i norsk utlendingslov § 11, 3. ledd og norsk utlendingsforskrift § 39.⁹⁶ Tillatelsessystemet medfører at problemstillingen sjeldnere oppstår i praksis. Men det løser likevel ikke problematikken i forholdet mellom arbeidsretten og utlendingsretten i de tilfeller der retten til arbeid endelig har bortfalt, eller der utlendingen ikke har søkt fornyelse i tide.

6.6 Særlig om straffansvaret i utlendingsloven § 47

6.6.1 Aktuelt for både arbeidstaker og arbeidsgiver

Det tungveiende argumentet i den svenske arbeidsrettsdommen var at arbeidsgiver risikerte straffansvar ved å fortsette å ha arbeidstaker i tjeneste.

Etter norsk rett kan både utlending og arbeidsgiver risikere straffansvar etter utlendingsloven § 47 dersom utlendingen arbeider uten arbeidstillatelse. Flere av alternativene i paragrafen retter seg direkte mot forhold knyttet til at utlendingen arbeider ulovlig i riket.

Det at ulovlig arbeid kan belegges med straff, viser at lovgiver ikke tolerer at påbudet om arbeidstillatelse i utlendingsloven § 6 ikke overholdes.⁹⁷

6.6.2 Arbeidstakers mulige straffansvar

For arbeidstakeren, det vil si utlendingen, er det utlendingsloven § 47, 1. ledd, litra a, jamfør § 6, som kan komme til anvendelse.⁹⁸ Den nedre strafferammen er bøter, den

⁹⁴ Utlänningsförordningen (1989:547), 4 kap., 3 § og 3a §

⁹⁵ Lunning 2002, s. 76

⁹⁶ Kapittel 4. 3

⁹⁷ Ot.prp.nr.46 (1986-87), s. 185 og s. 250-251

øvre strafferammen er fengsel i inntil seks måneder. Straffeforfølgning brukes i praksis i liten utstrekning ovenfor utlendingene.

Hvis det først reageres med straffeforfølgning mot utlendinger på grunn av ulovlig utført arbeid, er straffbarhetsvilkårene forholdsvis lempelige. På den objektive side er det utlendingsloven § 6, 1. ledd som er den sentrale norm. På den subjektive side er det nok at det er utvist simpel uaktsomhet.

6.6.3 Arbeidsgivers mulige straffansvar

Arbeidsgivers straffansvar er nedfelt i § 47, 2. ledd, litra a. Den nedre strafferammen er bøter, den øvre strafferammen er fengsel i inntil to år. Straffansvaret her er dermed strengere enn i § 47, 1. ledd, litra a. Til gjengjeld er også skyldkravet strengere, idet forutsetningen for straffansvar er at arbeidsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet. Er det bare utvist simpel uaktsomhet, kan arbeidsgiveren bare dømmes for medvirkning til utlendingens ulovlige arbeid etter § 47, 1. ledd, litra a, jamfør 5. ledd.

På den objektive side kan arbeidsgiver straffes dersom han ”gjør bruk av utlendingens arbeidskraft når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven”, jamfør utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a. Det fremgår klart av forarbeidene at formuleringen skal fange opp de tilfeller hvor utlendingen utfører arbeid i strid med bestemmelser i utlendingsloven kapittel 2.⁹⁸ Formuleringen ”gjør bruk av” skal innebære at straffbarheten ikke avhenger av hvem som tar initiativet til arbeidsforholdet.¹⁰⁰ Utlendingsloven § 6 forbyr også gratis arbeid, jamfør formuleringen ”ta arbeid mot eller uten vederlag”. At det ikke betales for ytelsen, gjør derfor ikke arbeidsgiverens forhold straffritt.

På den subjektive side kreves i det minste grov uaktsomhet. For å kunne konstantere grov uaktsomhet må det foreligge en ”kvalifisert klanderverdig opptreden som

⁹⁸ Ot.prp.nr.46 (1986-87), s. 185 og s. 250-251. Utlendingsrett 2004, s. 578

⁹⁹ Ot.prp.nr.46 (1986-87), s. 251

¹⁰⁰ Ibid

foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet”.¹⁰¹ I de tilfeller hvor det ikke kan bevises at arbeidsgiveren visste at vedkommende var utlending og at han manglet nødvendig arbeidstillatelse, må det etter dette være grunnlag for å rette sterke bebreidelser mot ham for at han ikke har forstått dette eller burde forstått bedre.

6.6.4 Ulovlig arbeid

Når arbeidstillatelsen har bortfalt, vil arbeid være ulovlig etter utlendingsretten. Dersom det subjektive skyldkrav er oppfylt, risikerer både arbeidstaker og arbeidsgiver straffansvar. Om dette sees i sammenheng med den svenske dommen, peker det i retning av at det bør være enkelt å avslutte arbeidsforholdet. I den svenske dommen ble løsningen å konstatere motstrid og å sette til side arbeidsretten.

6.7 Oppsummering

De norske rettskildefaktorene gir ikke noen direkte løsning på spørsmålet om forholdet mellom utlendingsrett og arbeidsrett der arbeidstillatelsen har bortfalt. Av denne grunn blir det nødvendig med en vurdering av hvordan rettstilstanden bør være.¹⁰²

Når arbeidstillatelsen har bortfalt, er det lite tvilsomt at arbeidsgiver har et behov for å avslutte arbeidsforholdet.¹⁰³ Forholdet til utlendingsretten tilsier at det bør være enkelt å avslutte arbeidsforholdet. Et alternativ er å følge den svenske dommens løsning, ved å konstatere at det foreligger en lovkonflikt, og å sette til side arbeidervernlovgivningen.¹⁰⁴ Et annet alternativ er anse arbeidsrettens opphørsregler som gode nok.¹⁰⁵

¹⁰¹ Rt. 1970 s. 1235, Rt. 1983 s. 1222, Andenæs 2004, s. 244

¹⁰² De lege ferenda

¹⁰³ Utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a

¹⁰⁴ AD 1979 nr. 90

¹⁰⁵ Arbeidsmiljøloven §§ 56 flg.

Ifølge tradisjonell rettskildelære skal det mye til for at motstrid konstateres.¹⁰⁶ Det må her nevnes at det sjeldent vil oppstå et rent motstridsspørsmål slik tilfelle var i den svenske dommen. For det første vil utlendingslovens tillatelsessystem begrense omfanget av problematikken.¹⁰⁷ For det andre er det en forutsetning for straffansvar at de subjektive skyldkrav er oppfylt. For det tredje vil problemstillingen ikke oppstå hvis det foreligger adgang til avskjed. At det finnes saker med liknende faktum som i den svenske dommen er imidlertid ikke utelukket. I disse sakene kan det være et spenningsforhold mellom arbeidsretten og utlendingsretten.

På den ene siden kan det sies at risikoen for straffansvar bør medføre at den svenske dommens løsning følges. Arbeidsgiver settes i en vanskelig posisjon når han må følge regler som kan utsette ham for et straffansvar. Der arbeidstaker har mulighet for å søke fornyelse, men ikke holder seg innen utlendingsrettens frister, kan det dessuten anføres at han selv bør bære risikoen for at han ikke lenger har rett til arbeid.¹⁰⁸

På den annen side mister arbeidstakeren et vern som andre arbeidstakere har dersom arbeidervernlovgivningen settes til side. Dette strider mot det lovfestede prinsipp om likebehandling i arbeidslivet, jamfør arbeidsmiljøloven §§ 54a flg.¹⁰⁹ I arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler søker man å avveie hensynet til arbeidstakers vern mot oppsigelse og avskjed, mot arbeidsgivers behov for å avslutte arbeidsforholdet.¹¹⁰ Stillingsvernsreglene har til hensikt å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering.¹¹¹ I vurderingen av straffansvaret etter utlendingsloven skal det dessuten ikke utelukkes at det vil bli tatt i betraktning at arbeidsgiver må følge lovpålagte regler om opphør av arbeidsforhold, slik mindretallet i den svenske domstolen la til grunn.

Etter en konkret vurdering bør nok løsningen bli at arbeidervernlovgivning ikke settes til side. Det kan heller i vurderingen av adgang til oppsigelse eller avskjed tas med i

¹⁰⁶ Eckhoff 2000, s. 343

¹⁰⁷ Kapittel 4. 3

¹⁰⁸ Kapittel 4. 3

¹⁰⁹ Se særlig § 54, 2. ledd, litra d

¹¹⁰ Eksempelvis arbeidsmiljøloven § 60, nr. 2, 2. ledd

¹¹¹ Rt. 2004 s. 76

betraktningen at arbeidsforholdet strider mot utlendingsretten. Løsningen er ikke opplagt, men det må tillegges vekt at det skal mye til for å sette til side regler som er laget for å verne om arbeidstakeren.

7 Oppsigelse og avskjed etter arbeidsmiljølovens regler

7.1 Innledning

Problemstillingene i dette kapitlet knytter seg også til hva som skjer i arbeidsforholdet der arbeidstillatelsen bortfaller etter at arbeidstakeren har tiltrådt stillingen.

Arbeidsmiljøloven har regler for å verne arbeidstakeren mot usaklig oppsigelse og uberettiget avskjed.¹¹² Disse reglene er grunnleggende innen arbeidsretten.¹¹³

Det vil som regel være arbeidsgiver, og ikke arbeidstaker, som har størst interesse i å avslutte arbeidsforholdet der arbeidstillatelsen har bortfalt. Dette har sammenheng med det mulige straffansvaret i utlendingsloven § 47, som i praksis brukes i større utstrekning ovenfor arbeidsgivere enn ovenfor arbeidstakere. Derimot vil arbeidstakeren, selv om han risikerer sanksjoner etter utlendingsloven, ha et behov for inntekt i en periode fremover.

Et spørsmål er om det foreligger ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold” fra arbeidstakers side der arbeidstillatelsen har bortfalt, som gir arbeidsgiver en adgang til å avskjedige arbeidstaker, jamfør arbeidsmiljøloven § 66. Et annet spørsmål er om arbeidsgiver har en saklig grunn til oppsigelse, jamfør arbeidsmiljøloven § 60. Et tredje spørsmål er om det foreligger adgang til å suspendere arbeidstaker i en begrenset periode.

Adgangen til avskjed på grunn av ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold” etter arbeidsmiljøloven § 66 må vurderes konkret.¹¹⁴ Det samme gjelder adgangen til en

¹¹² Arbeidsmiljøloven § 60 og § 66

¹¹³ Se også tjenestemannsloven § 9 og sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18 (sjømannsloven) § 19

¹¹⁴ Kapittel 2. 3. 4

”saklig begrunnet” oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 60. Lovens ordlyd gir i seg selv ikke så mye veiledning. Lovgiver har lagt opp til at det skal foretas en interesseavveining mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹¹⁵ Domstolenes anvendelse av saklighetskravet i § 60 nr. 1 viser at bestemmelsen er en rettslig standard.¹¹⁶ Det er presisert i Rt. 1988 s. 1188 at det skal foretas en rimelighetsbetraktning, i det saklighet ikke alene er tilstrekkelig grunnlag for avskjed eller oppsigelse. Terskelen for å si opp den ansatte er høy, og arbeidsgiver må påvise gode grunner.¹¹⁷ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven gis det eksempler på hva som kan gi adgang til oppsigelse og avskjed.¹¹⁸ Dette gir imidlertid ingen veiledning i forhold til spørsmålet om bortfall av arbeidstillatelsen. Adgangen til oppsigelse og avskjed forutsetter en individuell og konkret vurdering. Vurderingen må skje i lys av at arbeidsforholdet kan stride mot utlendingsretten.¹¹⁹

7.2 Tilgrensende problemstillinger

7.2.1 Gruppearbeidstillatelser

Som nevnt i kapittel 6. 4 var to oppsigelsessaker i forbindelse med gruppearbeidstillatelser oppe til behandling i Stavanger byrett på 80-tallet.

I NAD 1981-83 s. 164, Stavanger byrett, var spørsmålet om oppsigelser av tre utenlandske elektrikere var saklige, jamfør arbeidsmiljøloven §60 nr. 1 og nr. 2. Elektrikerne ble oppsagt fordi dispensasjonsadgangen i forbindelse med adgang til arbeid i oljeutvinningsbransjen var blitt gradvis innstrammet. Arbeidsgivers søknad gjaldt gruppearbeidstillatelse, og avslaget innebar at et antall av de ansatte ikke fikk fornyet arbeidstillatelse. Elektrikerne hadde ettårs kontrakter med selskapet. Kontraktene kunne sies opp i kontraktsperioden. Elektrikerne hadde høy lønn, som retten fant var en kompensasjon for at arbeidsforholdet var av usikker varighet. Etter en

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-76), s. 72. Ot.prp. nr. 50 (1993-94), s. 10

¹¹⁶ Fougner 2003, s. 637

¹¹⁷ Fougner 2003, s. 631

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-76), s. 18-20 og s. 72-73

¹¹⁹ Kapittel 6. 6

nærmere vurdering ble de tre elektrikerne sagt opp. Retten fant at arbeidsgiver hadde gjort det som kunne forlanges i forbindelse med søknader om arbeidstillatelse og dispensasjon. Arbeidsgiver var heller ikke å bebreide for at nettopp disse tre elektrikerne ble sagt opp. Retten la avgjørende vekt på at det var kjent for både arbeidstakerne og arbeidsgiver at fortsatt arbeid var avhengig av at det ble gitt fortsatt dispensasjon. Konklusjonen ble dermed at oppsigelsene var saklige.

I NAD 1988 s. 255, Stavanger byrett, ble fem utenlandske ingeniører sagt opp, jamfør arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 og nr. 2. Ingeniørene var britiske statsborgere, og arbeidet i et norsk datterselskap av et britisk morselskap med oppdrag på Statfjordfeltet, i henhold til gruppearbeidstillatelse. Da prosjektet ble ferdigstilt fikk oppdragsgiver behov for færre ansatte, og ingeniørene ble derfor sagt opp. Retten fant at arbeidsgivers utvelgelseskriterier var saklige, fordi ansatte på gruppearbeidstillatelser utgjorde en vesentlig mer begrenset ressurs for arbeidsgiver enn norske arbeidstakere og utenlandske arbeidstakere med vanlig arbeidstillatelse. Gruppearbeidstillatelsene gjaldt bare for et begrenset tidsrom og for et bestemt arbeidsoppdrag. Dette var et saklig hensyn som gjorde det berettiget å fravike ansiennitetsprinsippet. Konklusjonen ble dermed at oppsigelsene av de fem ingeniørene var saklige.

I denne dommen sies det uttrykkelig at arbeidstakere som har arbeid på grunnlag av gruppearbeidstillatelser utgjør en mer begrenset ressurs for arbeidsgiver enn de arbeidstakere som har en generell arbeidstillatelse. Dette kan tyde på at det er en større adgang til oppsigelse ovenfor arbeidstakere som arbeider på grunnlag av gruppearbeidstillatelse, enn på grunnlag av individuell tillatelse, i hvert fall der oppsigelsen har sin bakgrunn i virksomhetens forhold.

Disse to dommene tilsier at det kan være adgang til oppsigelse av arbeidstakere som har arbeid på grunnlag av gruppearbeidstillatelse. Enten fordi det ved fornyelse av gruppearbeidstillatelse ikke tillates å ha like mange i arbeid, jamfør NAD 1981-83 s. 164, eller fordi arbeidsgiver må foreta driftsinnskrenkninger og utvelgelseskriteriene ellers er saklig, jamfør NAD 1988 s. 255.

Sakligheten av oppsigelsene ble i dommene vurdert på bakgrunn av virksomhetens forhold. Arbeidsgiver hadde i disse tilfellene et valg med tanke på hvem som skulle sies opp, nettopp fordi det dreide seg om flere arbeidstakere som arbeidet på grunnlag av den samme tillatelsen. Det var likevel av betydning ved utvelgelsen at det knyttet seg spesielle forhold til disse, som gjorde at utvelgelseskriteriene var saklige.

Ved bortfall av en individuell arbeidstillatelse vil ikke arbeidsgiver ha noe valg i forhold til hvem han skal si opp, i hvert fall ikke når bortfallet har sin bakgrunn i arbeidstakers egne forhold. Han må da si opp akkurat den arbeidstakeren som mister arbeidstillatelsen sin.¹²⁰ Dette kan peke i retning av at oppsigelsesadgangen bør være tilstede der arbeidstillatelsen har bortfalt og arbeidsgiver i realiteten ikke har noe valg.

7.2.2 Bortfall av andre formelle kvalifikasjonskrav

Det finnes mye rettspraksis som omhandler oppsigelse og avskjed. Som tidligere nevnt er det imidlertid lite rettspraksis som knytter seg til utviklingen i arbeidsforholdet ved bortfall av arbeidstillatelser.¹²¹ Det oppstår dermed et spørsmål om andre dommer med tilgrensende problemstillinger kan ha noen overføringsverdi.

I utgangspunktet treffer domstolene bare uttrykkelige avgjørelser om de tilfeller som er forelagt dem. Rettskildeteorien fastslår derfor at det skal mye til før en dom vurderes som et prejudikat. Det er som regel kun høyesterettsdommer som kan vurderes som prejudikater med stor rettskildemessig vekt.¹²² En dom kan likevel tjene som relevant argument for et standpunkt, selv om den ikke vurderes som prejudikat. Et rettsspørsmål kan ha visse likhetstrekk med det som ble avgjort i dommen, og de samme hensyn kan gjøre seg gjeldende.

Når arbeidstillatelsen har bortfalt, kan dette betraktes som bortfall av et formelt kvalifikasjonskrav. Det er i utgangspunktet ikke noe å utsette på arbeidstakers

¹²⁰ Kapittel 5. 6. 4

¹²¹ Kapittel 6. 3

¹²² Eckhoff 2000, s. 164-170

dugelighet eller utførelse av arbeidsoppgavene. Problemet er at han ikke lenger oppfyller et lovpålagt kvalifikasjonskrav som gir ham rett til å arbeide.¹²³ Her kan det dras paralleller til andre typer formelle kvalifikasjonskrav.

En alminnelig forutsetning for arbeidsforholdet er at arbeidstaker innehar de kvalifikasjoner stillingen krever, dersom dette legges til grunn fra arbeidsgivers side ved ansettelsen.¹²⁴

Hvis det ansettes en person hvor det er behov for legelisens, helsesertifikat, førerkort eller liknende for å kunne utføre arbeidet, reiser det seg spørsmål om det er grunnlag for oppsigelse og avskjed hvis arbeidstaker mister legelisensen eller liknende. Momenter i vurderingen vil være årsaken til tapet, utvist skyld og i hvor stor grad arbeidsinnsatsen avhenger av lisens.¹²⁵

I det følgende vil noen typetilfeller bli gjennomgått.

7.2.3 Kvalifikasjonskrav for allmennlærer

I Rt. 2004 s. 76, som er inngående drøftet i kapittel 5, var de formelle kvalifikasjonskrav for å inneha stilling som allmennlærer ikke oppfylt. Dommen forutsetter at det kan foreligge adgang til oppsigelse, eventuelt også avskjed, der formelle kvalifikasjonskrav ikke er oppfylt.¹²⁶ Høyesterett antok at det i realiteten dreide seg om en endringsoppsigelse.¹²⁷ Arbeidstaker skulle gå over i stilling som midlertidig faglærer uten at han hadde mulighet til å gi sin aksept til dette. Dette var en ensidig disposisjon som fremstod som bindende for arbeidstaker. Det ble imidlertid ikke foreta en realitetsvurdering av om oppsigelsen var saklig, fordi oppsigelsen var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil. Dessuten ble arbeidstaker på et senere tidspunkt sagt

¹²³ Utlendingsloven § 6

¹²⁴ Dege 2003, s. 501

¹²⁵ Dege 2003, s. 172

¹²⁶ Rt. 2004. s. 76, punkt 48

¹²⁷ Ibid, punkt 52

opp på grunn av overtallighet.¹²⁸ Dermed gir dommen lite veiledning med tanke på den nærmere grensedragning ved adgangen til oppsigelse eller avskjed.

7.2.4 Legelicens

En upublisert dom fra Salten herredsrett gjaldt tap av legelicens.¹²⁹ Fordi legen hadde opptrådt uredelig med usanne opplysninger ved ansettelsen og tap av legelicens, ble avskjed funnet rettmessig. Det kan virke som at dersom en lege mister sin lisens og tapet er varig, bør det være adgang til å avslutte arbeidsforholdet hvis det ikke finnes annet passende arbeid til ham.¹³⁰

7.2.5 Helsesertifikat

I en upublisert dom fra Stavanger byrett ble arbeidstaker gitt avskjed fordi han hadde reist ut i Nordsjøen uten at arbeidsgiver hadde undersøkt om arbeidstakeren hadde gyldig helsesertifikat.¹³¹ Avskjeden ble funnet ugyldig fordi retten la vesentlig vekt på at saksøker hadde vært i arbeid etter en alvorlig ulykke i mer enn ett år uten å forsikre seg om at vedkommende hadde helsesertifikat. Det måtte være åpenbart for arbeidsgiver at arbeidstaker ikke var fullt ut restituert. Bortfallet av helsesertifikatet var ikke i seg selv tilstrekkelig for å begrunne avskjed.

7.2.6 Førerkort

I NAD 1981-1983 s. 387 ble oppsigelse av en sjåfør som hadde mistet førerkortet vurdert som saklig. Den umiddelbare begrunnelsen for oppsigelsen var at saksøker hadde hatt et trafikkuhell med en buss, grunnet egen uaktsomhet. Dette tilfellet var imidlertid litt spesielt fordi saksøktes tidligere forhold også spilte inn i vurderingen. Han hadde over lengre tid gjort seg skyldig i en rekke tjenesteforsømmelser.

¹²⁸ Ibid, punkt 13

¹²⁹ Salten herredsretts dom av 18.09.1997

¹³⁰ Dege 2003, s. 172

¹³¹ Stavanger byretts dom av 27.04.1989

Tap av førerkort bør ikke behandles likt, og i alle tilfeller medføre oppsigelse eller avskjed uansett årsak. Momenter som for eksempel at tapet skyldes klanderverdige forhold, hvor avhengig bedriften er av sjåføren og om sjåføren inntil videre kan omplasseres må tas med i den konkrete vurderingen. Varigheten av tapet kan også ha betydning. Dersom sjåføren mister førerkortet for en kortere periode, eksempelvis tre uker, kan dette stille seg annerledes enn hvis inndragningen er for to år. I LARD 1977-1978, s. 140 fant retten at fravær på grunn av soning av promilledom vanligvis ikke ga grunnlag for oppsigelse, men at det teller med i vurderingen av arbeidstakers forhold.

7.2.7 Meglerlisens med videre

Bortfall av meglerlisens eller andre kvalifikasjonskrav knyttet til utøvelse av meglervirksomhet er eksempler på bortfall av formelle kvalifikasjonskrav.

I Borgarting lagmannsretts dom av 04.11.2002 ble avskjed funnet urettmessig, men oppsigelse saklig.¹³² Arbeidstaker hadde ikke tatt en nødvendig prøve, og oppfylte dermed ikke det formelle krav fra fondsmeglerforbundet for å fortsette å være corporate-ansatt eller inneha stilling med lederfunksjoner. Konsekvensen av dette var at han ikke kunne utføre selvstendig corporate-arbeid, og han skulle dermed arbeide som vanlig aksjemegler.

Arbeidstaker hadde likevel ved to anledninger utført selvstendig corporate-arbeid. Ved den første anledningen ble det lagt til grunn at arbeidsgiver ikke hadde gitt klare nok instruksjoner om forbud mot slikt arbeid, mens det i den andre ble lagt til grunn at arbeidstaker hadde brutt klare instruksjoner. I tillegg til at han hadde brutt instruksjoner ved å utføre selvstendig corporate-arbeid, hadde han også utvist illojalitet ovenfor arbeidsgiver. Videre hadde han gjennom sin opptreden vist at han ikke lot seg styre av sin arbeidsgiver.

Etter en samlet vurdering av arbeidstakers opptreden, kom retten fram til at den ikke kunne karakteriseres som så grov at den ga grunnlag for avskjed. Oppsigelsen var

¹³² LB-2001-780

derimot saklig. Denne dommen er et godt eksempel på at det skal mye til for å gi arbeidstaker avskjed. Selv om arbeidstaker hadde arbeidet uten å oppfylle formelle kvalifikasjonskrav, og selv om han blant annet hadde opptrådt illojalt, ble avskjed ikke funnet rettmessig. I denne saken kunne imidlertid arbeidstaker arbeide med annet enn corporate-saker. Arbeidsgiver hadde med andre ord enn omplasseringsmulighet. Når arbeidstillatelsen har bortfalt, vil det ikke være mulighet for omplassering. Det skal da kanskje mindre til for å avskjedige arbeidstaker.

7.2.8 Kvalifikasjonskrav for internasjonal sjåfør

I Borgarting lagmannsretts dom av 28.02.2000 ble oppsigelse og avskjed av en tysk sjåfør på grunn av hans flytting til Norge ansett berettiget.¹³³ Først ble han gitt en oppsigelse, og senere avskjediget på grunn av ordrenekt. I denne forbindelse er det oppsigelsen som er interessant. Arbeidstaker var ansatt som internasjonal sjåfør med kjøring i utlandet. Årsaken til oppsigelsen var at arbeidsgiver ifølge lovverket ikke hadde anledning til å benytte en person bosatt i det norske tollområdet til å kjøre utenlandsregistrerte biler i Norge. Dermed sa de opp arbeidstaker da han flyttet til Norge. Dette var et forskriftspålagt krav som det ikke kunne dispenseres fra. Flyttingen til Norge kan i dette tilfellet sammenliknes med bortfall av et kvalifikasjonskrav. Oppsigelsen var saklig.

7.2.9 Overføringsverdi

De ovenfor nevnte typetilfeller kan ha overføringsverdi til den situasjon hvor arbeidstakers arbeidstillatelse har bortfalt. Samlet sett peker situasjonene i retning av at det foreligger en adgang til oppsigelse, og også avskjed der arbeidstakers forhold er tilstrekkelig klanderverdige.

I flere av sakene vedrørende bortfall av formelle kvalifikasjonskrav vil det være mulighet for å omplassere arbeidstakeren. Selv om arbeidsgiver ikke har en lovfestet plikt til å vurdere omplassering på grunn av arbeidstakers forhold, kan det likevel

¹³³ LB-1999-956

utledes av det ulovfestede proporsjonalitetsprinsipp at omplassering også her må vurderes.¹³⁴ Sjøføren kan eksempelvis arbeide på lageret i de månedene han ikke har førerkort. For arbeidstakere uten arbeidstillatelse er dette ikke et alternativ. Bortfallet av arbeidstillatelsen medfører at alle typer arbeidsutførelse er ulovlig. Dessuten er som hovedregel bortfallet varig. Dette taler for at det bør være minst like vid adgang til oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker uten arbeidstillatelse, dersom det sammenliknes med bortfall av andre formelle kvalifikasjonskrav.

Hvor vid adgangen er ved bortfall av arbeidstillatelsen må imidlertid underlegges en konkret vurdering. Momenter vil være om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som er årsak til bortfallet, arbeidstakers eventuelle klanderverdighet, om bortfallet er endelig eller om det kan repareres, og forholdet til utlendingsretten. I det følgende vil denne konkrete vurderingen bli foretatt.

7.3 Opphør på grunn av arbeidstakers forhold

7.3.1 Arbeidstakers forhold

Etter utlendingsloven ligger som hovedregel ansvaret for å skaffe til veie arbeidstillatelsen på utlendingen selv.¹³⁵ Årsaken til bortfallet er nok i praksis forhold utlendingen selv står nærmest til å svare for, og bortfallet kan av denne grunn karakteriseres som arbeidstakers forhold.¹³⁶

Oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold vil særlig være aktuelt ved forsømmelser i tjenesten.¹³⁷ Hvis bakgrunnen for oppsigelsen er manglende arbeidstillatelse, dreier det seg ikke om forsømmelser i tjenesten. Det dreier seg om at et formelt krav om arbeidstillatelse ikke er oppfylt. Selv om forsømmelse i tjenesten er det mest praktiske grunnlaget for saklig oppsigelse, er det intet vilkår at slik forsømmelse foreligger. Det avgjørende må være om arbeidstaker oppfyller de forventninger arbeidsgiver hadde ved

¹³⁴ Dege 2003 s. 401-402, Fanebust s. 91-93, Rt. 1978 s. 160

¹³⁵ Utlendingsloven § 8, utlendingsforskriften § 11

¹³⁶ Kapittel 5. 6. 4

¹³⁷ Jakhelln 2004, s. 371

inngåelsen av arbeidsavtalen, så lenge dette var rimelige forventninger.¹³⁸ Bortfallet av arbeidstillatelsen kan betraktes som bortfall av de kvalifikasjoner som kreves for å utføre arbeidet. Det er ikke arbeidets kvalitet eller arbeidstakers faglige udugelighet som i så fall kan være en saklig grunn, men bortfall av en formell kvalifikasjon for å kunne arbeide.

Det er verdt å merke seg at saklighetskravet er objektivt. En oppsigelse kan være saklig selv om arbeidstakeren ikke er å klandre for bortfallet. En annen sak er at klanderverdighet kan være et viktig moment i vurderingen av om det foreligger saklig grunn. Eksempelvis kan det virke inn på saklighetsvurderingen at arbeidstaker har vært sent ute med å søke fornyelse av tillatelse.

7.3.2 Avskjed

Kravet i arbeidsmiljøloven for at arbeidsgiver skal kunne avskjedige en arbeidstaker er at det foreligger ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold”, jamfør arbeidsmiljøloven § 66. Oppsigelse er den vanlige måten å gå frem på for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Avskjed bygger derimot på at det foreligger et så vesentlig mislighold av arbeidsavtalen at dette gir grunn til å heve arbeidsavtalen med øyeblikkelig virkning, uten noen oppsigelsesfrist.¹³⁹

Spørsmålet her er om bortfall av arbeidstillatelsen kan vurderes som et vesentlig mislighold som gir adgang til avskjed.

Vurderingen av om det er rettmessig med avskjed blir i hovedsak den samme vurderingen som foretas når det gjelder oppsigelse på grunn av arbeidstakerens forhold.¹⁴⁰ Forskjellen er bare at dersom misligholdet er grovt, kan dette gi grunnlag for avskjed, men er det mindre grovt kan det likevel begrunne en oppsigelse. Det er altså

¹³⁸ Fougner 2003, s. 638

¹³⁹ Jakhelln 2004, s. 413

¹⁴⁰ Fanebust s. 189-190

bare tale om to ulike terskler når det gjelder avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.

Det kreves strengt tatt ikke subjektiv skyld for å avskjedige arbeidstaker, på tross av uttrykket ”har gjort seg skyldig i” i arbeidsmiljøloven § 66. Det objektive forhold er i prinsippet nok, og det kreves verken uaktsomhet eller forsett.¹⁴¹ Forsettlige forhold vil imidlertid lettere berettigede avskjed.¹⁴²

Det er etter utlendingsretten heller intet vilkår for bortfall av arbeidstillatelsen at utlendingen er subjektivt å bebreide. De fleste vilkårene for arbeidstillatelse knytter seg tvert imot til objektive vilkår, slik som tilknytning til familiemedlemmet, asylsøkerstatus og liknende. Utlendingen skilles eksempelvis fra sin ektefelle eller får avslag på sin asylsøknad. Avskjed ved bortfall av andre formelle kvalifikasjonskrav har i rettspraksis som hovedregel kun vært berettiget når arbeidstakeren har vært å bebreide for bortfallet.¹⁴³ På den annen side sies det ikke i disse dommene at subjektiv bebreidelse er et vilkår for avskjed ved bortfall av kvalifikasjonskrav. Det foretas bare konkrete vurderinger av om det foreligger vesentlig mislighold, slik arbeidsmiljøloven § 66 forutsetter. Ved bortfall av arbeidstillatelsen bortfaller hele forutsetningen for arbeidsforholdet. Arbeidsgiver har ingen mulighet til å omplassere arbeidstakeren til andre stillinger eller arbeidsoppgaver. Bortfallet av arbeidstillatelsen medfører at alle typer arbeidsutførelse fra arbeidstakeren er ulovlig. Der bortfallet er endelig, er det heller ingen mulighet for at arbeidstaker kan få arbeidstillatelse igjen med det første. Arbeidsgiver kan dessuten risikere straffansvar ved å ha arbeidstaker i sin tjeneste.¹⁴⁴ Disse momentene peker i retning av at bortfallet av arbeidstillatelsen kan betraktes som et vesentlig mislighold. Dermed bør det foreligge en adgang til avskjed av arbeidstakeren, selv om han ikke er subjektivt å bebreide. Dette må imidlertid vurderes konkret fra sak til sak, og det er ikke gitt at avskjed vil være berettiget i alle tilfelle der arbeidstaker ikke er å bebreide for bortfallet av arbeidstillatelsen.

¹⁴¹ Fougner 2003, s. 708

¹⁴² Rt. 1983 s. 1481

¹⁴³ Eksempelvis Salten herredsretts dom av 18.09.1997

¹⁴⁴ Utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a

I noen tilfelle er arbeidstaker å bebreide for bortfallet av arbeidstillatelsen, selv om han ikke har hatt til hensikt å miste sin arbeidstillatelse. For det første der arbeidstaker ikke har søkt om fornyelse i tide, og han visste at han burde søke innen visse frister.¹⁴⁵ For det andre der det egentlig ikke er tale om et bortfall, men om tilbakekall av arbeidstillatelsen. Forutsetningen for tilbakekall er at arbeidstaker er subjektivt å bebreide, jamfør utlendingsloven § 13. For det tredje er utlendingen å bebreide der det fattes et utvisningsvedtak mot ham, eksempelvis fordi han har begått en straffbar handling med en nedre strafferamme på minst tre måneder, jamfør utlendingsloven § 29, 1. ledd, litra c. Når utvisningsvedtaket er endelig, bortfaller arbeidstillatelsen, jamfør utlendingsforskriften § 122. Bortfallet av arbeidstillatelsen vil ikke bare gå ut over arbeidstaker selv, men også ut over arbeidsgiver som risikerer et straffansvar etter utlendingsretten. Dette peker i retning av at det bør foreligge adgang til avskjed av arbeidstaker der han er å bebreide for bortfallet av arbeidstillatelsen.

En annen situasjon kan foreligge der arbeidstaker ikke er subjektivt å bebreide for selve bortfallet, men han tilbakeholder opplysninger for arbeidsgiver om at arbeidstillatelsen har bortfalt, fordi han frykter å miste arbeidet sitt. Som regel vil arbeidsgiver bli varslet om bortfall av arbeidstillatelsen av politi eller utlendingsmyndighet. Det har imidlertid forekommet i praksis at slikt varsel ikke har blitt gitt.¹⁴⁶ Arbeidstaker bryter trolig med sin opplysningsplikt ovenfor arbeidsgiver hvis han fortier at arbeidstillatelsen har bortfalt. Dette gjelder i hvert fall hvis ansettelsesrutinene er at arbeidstaker må dokumentere at han har arbeidstillatelse, og han får beskjed om å orientere om sin arbeidsrettslige status.¹⁴⁷ Selv om arbeidstaker ikke har fått en slik eksplisitt beskjed, kan det trolig likevel legges til grunn at han bryter sin opplysningsplikt ved ikke å opplyse om bortfallet. Dette kan han subjektivt bebreides for, fordi han med viten og vilje unnlater å opplyse om det. Dette kan trolig betraktes som et vesentlig mislighold som gir adgang til avskjed, fordi det er av stor betydning for arbeidsgiver å få

¹⁴⁵ Kapittel 4. 3

¹⁴⁶ Oslo tingrett, 15.09.2005, saksnummer 05-063608

¹⁴⁷ Ibid

opplysninger om arbeidstillatelsen. Arbeidstillatelsen er en viktig forutsetning for arbeidsforholdet.

Når en arbeidstillatelse har bortfalt, har arbeidstaker i henhold til utlendingsretten mistet sin rett til arbeid i Norge. Forholdet til utlendingsretten tilsier at det bør være mulighet for å la arbeidsforholdet opphøre.¹⁴⁸ Ved bortfall av arbeidstillatelse risikerer endog arbeidsgiver straffansvar ved å fortsette å ha utlendingen i arbeid.¹⁴⁹ Dette må være et tungtveiende moment i retning av adgangen til å la arbeidsforholdet opphøre umiddelbart.

Etter dette kan det konkluderes med at det trolig foreligger en adgang for arbeidsgiver til å avskjedige arbeidstaker når arbeidstillatelsen har bortfalt. Dette bør i hvert fall være løsningen der arbeidstaker er subjektivt å bebreide. Forholdet til utlendingsretten tilsier imidlertid at det også bør være adgang til avskjed selv når arbeidstaker ikke er å bebreide. Dette må imidlertid vurderes konkret fra sak til sak.

7.3.3 Oppsigelse

Arbeidsmiljøloven § 60 nr. 1 regulerer adgangen til oppsigelse. Arbeidstaker skal vernes mot den personlige ulykke som oppsigelse kan være, når arbeidsgiver ikke har særlige grunner til å fremkalle det.¹⁵⁰ Bestemmelsen gir anvisning på en skjønnsmessig avveining av bedriftens og den ansattes behov.¹⁵¹ Saklighetsvurderingen skal være en individuell vurdering.¹⁵²

Adgangen til oppsigelse har støtte i rettspraksis som omhandler liknende saker, ved bortfall av gruppearbeidstillatelser og bortfall av andre formelle kvalifikasjonskrav. Oppsigelse er den vanlige måten å bringe et arbeidsforhold til opphør på.¹⁵³

¹⁴⁸ Kapittel 6

¹⁴⁹ Utlendingsloven § 47, 2.ledd, litra a

¹⁵⁰ Jakhelln 2004, s. 368

¹⁵¹ Fougner 2003, s. 633

¹⁵² Rt. 1989 s. 508

¹⁵³ Arbeidsmiljøloven § 60

Spørsmålet her er om bortfallet av arbeidstillatelsen kan gi saklig grunn til oppsigelse.

Oppsigelse av en arbeidstaker som har mistet arbeidstillatelsen kan ha vidtrekkende konsekvenser for ham. Oppsigelsen kan faktisk ramme ham hardere enn norske arbeidstakere, fordi han i tillegg til å miste sin mulighet til å tjene til livets opphold, mister en viktig tilknytning til riket. Dette vil særlig gjelde der bortfallet ikke er endelig, fordi det da ikke er endelig avklart om han har en rett til å bli og en rett til å arbeide i Norge. At han mister arbeidet kan i verste fall bli utslagsgivende i den endelige avgjørelsen av fornyelsesspørsmålet. Det må imidlertid bemerkes at utlendingen nok selv må bære risikoen når arbeidstillatelsen har bortfalt i en slik situasjon, fordi han da ikke har overholdt fristene i utlendingsrettens tillatelsessystem.¹⁵⁴ Og der han ikke faller inn under fornyelsessystemet, er det fordi det ikke er mulighet for fornyelse. Enten bortfallet er endelig eller ikke, kan dessuten ikke oppsigelsen betraktes som årsaken til at arbeidstillatelsen har bortfalt. Oppsigelsen blir mer en konsekvens av reglene om utlendingers adgang til opphold og arbeid i riket.

Etter dette må nok det klare utgangspunktet være at arbeidsgiver har en adgang til oppsigelse av arbeidstaker når arbeidstillatelsen har bortfalt. Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hva som skjer med arbeidsforholdet i oppsigelsestiden. Utlendingsloven forbyr arbeid, men arbeidsretten gir arbeidsrett. Dette vil bli behandlet senere.

7.3.4 Suspensjon

Suspensjon vil si at arbeidstaker med øyeblikkelig virkning fjernes midlertidig fra sin stilling. Dette innebærer at arbeidsplikten ”opphører” i en mellomperiode, og at arbeidstaker nektes adgang til arbeidsplassen.¹⁵⁵ Formålet med suspensjon er at arbeidsgiver kan finne ut av om arbeidsforholdet kan vedvare eller om det må opphøre.

¹⁵⁴ Kapittel 4. 3

¹⁵⁵ Fougner 2003, s. 572

Suspensjon vil normalt bli anvendt for å få avklart om det er grunnlag for avskjed. Reaksjonen kan eksempelvis være praktisk der bortfallet av arbeidstillatelsen ikke er endelig, fordi arbeidstaker ikke har overholdt fristene i utlendingslovens system for fornyelse av tillatelse. Her er det nemlig ikke alltid gitt at bortfall blir det endelige utfall, og en adgang til suspensjon vil kunne gi mulighet for et midlertidig opphør av arbeidsforholdet inntil spørsmålet om bortfall er avgjort hos utlendingsmyndighetene.

Det er ingen bestemmelser om suspensjon i gjeldende arbeidsmiljølov. Derimot finnes dette i tjenestemannsloven § 16. Allerede i Rt. 1929 s. 184 tok Høyesterett stilling til rettslige konsekvenser av suspensjon. Det foreligger betydelig rettspraksis som slår fast at det er adgang til suspensjon utover det som omfattes av tjenestemannslovens regler. I Eidsivating lagmannsretts dom av 02.12.1970 ble det uttalt at ”For at suspensjon skal kunne skje må det foreligge en rimelig grad av sannsynlighet for at avskjed skal kunne komme på tale”. I juridisk teori har flere sluttet seg til dette kriteriet, samt at det er oppstilt som tilleggsriterier; suspensjon må være av betydning for virksomhetens løpende drift, det må foretas en interesseavveining av arbeidsgivers behov for suspensjon mot arbeidstakers ulempe ved suspensjon, og arbeidstaker må beholde sitt lønnskrav under suspensjonen.¹⁵⁶ Disse kriterier antas å gi uttrykk for gjeldende rett.¹⁵⁷

I forarbeidene til ny arbeidsmiljølov er det foreslått en generell bestemmelse om suspensjon, som bygger på den gjeldende bestemmelsen i tjenestemannsloven § 16.¹⁵⁸ Hovedvilkåret for suspensjon blir da at det antas at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed og virksomhetens behov tilsier det.¹⁵⁹ Hovedregelen i det nye lovforslaget er at suspensjonen ikke skal vare lengre enn tre måneder.¹⁶⁰ Arbeidstaker beholder den lønn han hadde på suspensjonstidspunktet frem til suspensjon opphører.¹⁶¹

¹⁵⁶ Fougner 2003, s. 573

¹⁵⁷ Ibid

¹⁵⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), s. 247, forslag til ny § 15-13

¹⁵⁹ Ibid, forslag til ny § 15-13 (1)

¹⁶⁰ Ibid, forslag til ny § 15-13 (2)

¹⁶¹ Ibid, forslag til ny § 15-13 (3)

Det antas at adgangen til suspensjon i grove trekk avhenger av adgangen til avskjed. Konklusjonen ovenfor ble at det bør være adgang til avskjed når arbeidstillatelsen har bortfalt.

Et ytterligere vilkår for suspensjon er at virksomhetens behov gjør dette nødvendig. Arbeidsgiver risikerer straffansvar ved å gjøre bruk av ulovlig arbeidskraft. Denne risikoen gir i seg selv arbeidsgiver et behov for å la arbeidsforholdet opphøre med umiddelbar virkning. Ved suspensjon beholder arbeidstaker sitt lønnskrav og arbeidsforholdet opphører foreløpig kun midlertidig. Dette er trolig mer gunstig for arbeidstaker enn å bli avskjediget uten krav på lønn.

Etter dette må nok konklusjonen bli at arbeidsgiver har en adgang til å suspendere arbeidstakeren der det foreligger adgang til avskjed.

Et spørsmål som oppstår er om arbeidsgiver ved å suspendere arbeidstakeren går klar av straffansvaret i utlendingsloven. Sagt på en annen måte blir det da et spørsmål om arbeidsgiver ”gjør bruk av” utlendingens arbeidskraft, slik at det objektive kriteriet i utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a er oppfylt. På den ene siden kan det faktum at arbeidstaker mottar lønn selv om han ikke utfører arbeid, gjøre kravet til arbeidstillatelse i utlendingsretten mindre absolutt. Begrepet arbeid er i utlendingsretten gitt en vid anvendelse.¹⁶² Dette forhold, samt hensynet til straffebestemmelsens effektivitet, tilsier at begrepet ”gjør bruk av” tolkes vidt. På den annen side gjør arbeidsgiver ikke bruk av arbeidskraften i ordets rette forstand. Dessuten er årsaken til at arbeidsgiver ikke gjør bruk av arbeidskraften nettopp at arbeidstillatelsen har bortfalt. Etter dette må nok konklusjonen bli at arbeidsgivers suspensjon av arbeidstaker ikke omfattes av ordlyden i utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a.

¹⁶² Ot.prp. nr. 46 (1986-1987), s. 191

7.4 Opphør på grunn av virksomhetens forhold

7.4.1 Virksomhetens forhold

I visse tilfelle kan det tenkes at årsaken til bortfallet av arbeidstillatelsen ikke er arbeidstakers forhold. Den egentlige årsaken er tvert imot arbeidsgivers driftsmessige disposisjoner, som medfører at han trekker tilbake det konkrete jobbtilbudet.¹⁶³ For arbeidsinnvandring er det etter utlendingsforskriften et grunnvilkår at det foreligger et konkret jobbtilbud.¹⁶⁴ Der det konkrete jobbtilbud trekkes tilbake fra arbeidsgiver, medfører oppsigelsen at arbeidstillatelsen bortfaller. Oppsigelsen blir dermed årsaken til bortfallet.

Sakligheten av oppsigelsen knytter seg her i realiteten ikke til arbeidstaker. Oppsigelsen må tvert imot vurderes på bakgrunn av virksomhetens forhold, jamfør arbeidsmiljøloven § 60, nr. 1 og 2. I det vesentlige vil oppsigelse som følge av virksomhetens forhold også omfatte arbeidsgivers forhold.¹⁶⁵

7.4.2 Oppsigelse

Dersom virksomhetens forhold gir saklig og rimelig grunn til oppsigelse, jamfør arbeidsmiljøloven § 60, nr. 1 og 2, kan arbeidstakeren sies opp. Det må her foretas en alminnelig arbeidsrettslig vurdering.

I denne sammenheng skal det kun nevnes at utvelgelsen av de arbeidstakere som sies opp, må være forsvarlig. Det må ikke skje en usaklig forskjellsbehandling, noe som kan stå sentralt ved oppsigelse av utlendinger.¹⁶⁶ Videre skal det normalt tas hensyn til særlig lang ansettelsestid.¹⁶⁷ Særlig lang ansettelsestid er ikke praktisk for utlendinger

¹⁶³ Kapittel 5. 6. 3

¹⁶⁴ Utlendingsforskriften § 2, 1. ledd, 1 punktum

¹⁶⁵ Jakhelln 2004, s. 388

¹⁶⁶ Arbeidsmiljøloven § 54A, 2. ledd, litra d og § 54B

¹⁶⁷ Rt. 1966 s. 393

med arbeidstillatelse. Når de har vært her lenge nok, går de over på andre og varige oppholdsgrunnlag som bosettingstillatelse og statsborgerskap.¹⁶⁸

For å unngå et spenningsforhold mellom arbeidsrett og utlendingsrett, bør arbeidsgiver kanskje vente til oppsigelsestidens utløp med å meddele utlendingsmyndighetene om at det konkrete arbeidstilbudet har bortfalt. Da kan arbeidstilbudet betraktes som gjeldende frem til oppsigelsestidens utløp. Følges denne fremgangsmåten fra arbeidsgivers side, unngås det kompliserte forholdet til utlendingsretten, samtidig som arbeidstakers vern i oppsigelsestiden ivaretas.

7.5 Adgangen til arbeid i oppsigelsestiden

Det foreligger trolig en adgang til avskjed av arbeidstaker når arbeidstillatelsen har bortfalt. Hvis arbeidstakeren ikke er subjektivt å bebreide for bortfallet, kan det imidlertid ikke utelukkes at det etter en konkret vurdering en sjelden gang ikke foreligger adgang til avskjed. Arbeidsgivers eneste alternativ er da å si opp arbeidstakeren.

Her oppstår en vanskelig situasjon for arbeidsgiver. På den ene siden er det forbudt for ham å gjøre bruk av utlendingens arbeidskraft etter utlendingsloven, fordi arbeidstillatelsen har bortfalt. På den annen side må han følge arbeidsmiljølovens regler som skal verne om arbeidstaker. Arbeidstaker har en rett og en plikt til å arbeide i oppsigelsestiden. Oppsigelsestidens minstelengde er en måned, jmfør arbeidsmiljøloven § 58, nr. 1. Arbeidsavtalen kan imidlertid innebære at oppsigelsestiden er lengre. Problemet her er at arbeidsretten påbyr arbeid i oppsigelsestiden, noe utlendingsretten forbyr.

Spørsmål er hvordan arbeidsgiver kan gå frem for overholde reglene både i utlendingsretten og arbeidsretten. Den eneste måten han trolig kan gjøre det på, er å gi arbeidstaker lønn i oppsigelsestiden og å frita ham fra arbeidsplikten.

¹⁶⁸ Utlendingsloven § 12 og Lov om norsk riksborgarrett av 8. desember 1950 nr. 3 (Statsborgerrettslova)

Dersom arbeidsgiver gir lønn i oppsigelsestiden uten at arbeidstaker arbeider, bør dette ikke betraktes som bruk av ulovlig arbeidskraft i henhold til utlendingsloven § 47, 2. ledd, litra a. Årsaken til at arbeidsgiver ikke gjør bruk av arbeidskraften er nettopp at arbeidstillatelsen har bortfalt. Dette viser at han respekterer kravet om arbeidstillatelse. Samtidig viser han at han respekterer reglene om oppsigelsestid ved å gi arbeidstaker lønn ut oppsigelsestiden. Arbeidstaker trenger penger til livsopphold i en periode, og han bør ikke fratas denne muligheten.¹⁶⁹ Også han kan risikere sanksjoner ved å arbeide uten arbeidstillatelse, og vil ikke ha interesse av å kreve å få arbeide i oppsigelsestiden.¹⁷⁰

Arbeidstaker har i utgangspunktet en rett til å stå i stillingen mens ”tvisten er gjenstand for forhandlinger”, jamfør arbeidsmiljøloven § 61, nr. 4, 1. ledd. Dette er imidlertid lite praktisk for denne avhandlingens vedkommende. For det første blir det sjelden forhandlinger. For det andre er det ofte slik at utlendingen også må ut av riket, fordi oppholdstillatelsen har bortfalt. Dersom slike forhandlinger likevel blir et faktum, skal det ikke utelukkes at domstolene, etter krav fra arbeidsgiveren, fastslår i kjennelse at det er ”urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes”, jamfør arbeidsmiljøloven § 61, nr. 4, 2. ledd. Dette på grunn av forholdet til utlendingsretten.

7.6 Forarbeider til ny arbeidsmiljølov og ny utlendingslov

Et spørsmål er om det vil bli endringer i rettstilstanden som kan få betydning for utviklingen i arbeidsforholdet, når det om kort tid kommer ny arbeidsmiljølov og på litt lengre sikt ny utlendingslov.

I forhold til denne avhandlingen vil de sentrale elementer i dagens oppsigelsesbestemmelser bli videreført i ny arbeidsmiljølov.¹⁷¹ Det materielle innhold i adgangen til oppsigelse og avskjed vil i all hovedsak videreføres.

¹⁶⁹ Mindretallet i AD 1979 nr. 90

¹⁷⁰ Utlendingsloven § 29, 1. ledd, litra a og utlendingsloven § 47,1. ledd, litra a

¹⁷¹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), s. 229 flg.

Som tidligere nevnt foreslås det i forarbeidene til ny utlendingslov at retten til arbeid styrkes ved at utlendingen automatisk får rett til arbeid når han får oppholdstillatelse; Betydningen av denne endringen er vurdert tidligere i avhandlingen.¹⁷²

Videre foreslås det et nytt sanksjonssystem i forarbeidene til ny utlendingslov. Utlendingsmyndigheten skal få adgang til å treffe administrative vedtak ovenfor arbeidsgiver ved grovt eller gjentatte brudd på lønns- og arbeidsvilkår etter arbeidsmiljøloven.¹⁷³ Slike sanksjoner kan iverksettes ved at det treffes vedtak om i fremtiden å nekte å innvilge oppholdstillatelse for å ta arbeid hos en bestemt arbeidsgiver. Bakgrunnen for forslaget er at erfaringene fra senere tid har vist at det er behov for en adgang til slike administrative sanksjoner ovenfor arbeidsgivere som gir vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn forutsatt.¹⁷⁴ Disse sanksjonene vil ikke ha betydning for utlendinger som allerede har fått tillatelse, men kun for innvilgelse av fremtidige tillatelser som søkes på bakgrunn av arbeidsgivers arbeidstilbud. Av dette kan det utledes at sanksjonssystemet ikke vil få så stor betydning i det konkrete arbeidsforholdet når det allerede har oppstått, selv om lønns- og arbeidsvilkår er brutt fra arbeidsgivers side. Dårlige lønns- og arbeidsvilkår i et konkret arbeidsforhold må dessuten holdes atskilt fra adgangen til oppsigelse og avskjed når arbeidstillatelsen har bortfalt. Som regel har dårlige lønns- og arbeidsvilkår nemlig ikke noe å gjøre med bortfallet av en arbeidstillatelse.

Etter dette kan det konkluderes med at det ikke foreligger forslag til endringer i rettstilstanden som kan få særlig betydning for utviklingen i arbeidsforholdet når arbeidstillatelsen har bortfalt.

¹⁷² Kapittel 4. 5

¹⁷³ NOU 2004:20 s. 199-200, s. 390-391, forslag til ny § 37, nr. 2

¹⁷⁴ NOU 2004:20, s. 199

8 Avsluttende betraktninger

Denne avhandlingen har tatt for seg utviklingen i arbeidsforholdet når arbeidstillatelsen har bortfalt. Det kan konkluderes med at det i denne situasjonen foreligger et spenningsforhold mellom arbeidervernlovgivning og utlendingslovgivning. Spenningsforholdet kan betraktes som en nødvendig konsekvens av at de to lovgivningene har ulike formål; utlendingsretten skal regulere innvandringen til riket, mens arbeidervernlovgivningen skal verne om arbeidstaker. På den annen side har også utlendingsloven til formål å sikre utlendingers rettssikkerhet, og arbeidsmiljøloven har egne bestemmelser for å unngå diskriminering.

Det er ikke upraktisk at det oppstår problemstillinger rundt utviklingen i arbeidsforholdet ved bortfall av arbeidstillatelser. Dette fordi arbeidstillatelser faktisk bortfaller. Det er imidlertid tvilsomt om dette er av den typen saker som havner i rettsapparatet. For det første kan det være at utlendingen har viktigere saker å kjempe for enn arbeidet sitt, eksempelvis der han står i fare for å miste retten til opphold i Norge. For det andre kan det være at utlendingen ikke kjenner sine arbeidsrettslige rettigheter. Hvis han kjenner til sine rettigheter etter arbeidsmiljøloven, kan det være at han ikke vil stride mot sin arbeidsgiver, siden utlendingen stiller så svakt i utgangspunktet. Dette gjør at forholdet mellom arbeidsretten og utlendingsretten sjelden kommer på spissen, i hvert fall ikke i rettsapparatet.

Hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet tilsier at både arbeidstaker og arbeidsgiver vil være tjent med klare retningslinjer for hvordan avviklingen av arbeidsforholdet bør foregå når arbeidstillatelsen har bortfalt. Arbeidstaker vil være tjent med å vite hvilke rettigheter han har, han bør i hvert fall ha muligheten til å vite om dem. Dette gjelder også i den situasjon som oppstår når arbeidstillatelsen hans bortfaller. Arbeidsgiver vil på sin side være tjent med å vite hvordan han bør avslutte arbeidsforholdet. For det første av den grunn at han ikke skal risikere å bryte med

gjeldende rett. For det andre fordi han bør vite hvordan han skal forholde seg ovenfor en arbeidstaker som er utlending, og som i praksis vet lite om sine rettigheter.

Mangel på retningslinjer og regelverk skaper problemer i forhold til hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet. Denne avhandlingen har til hensikt å gi en viss veiledning til både arbeidstaker og arbeidsgiver i det tilfelle at arbeidstillatelsen har bortfalt. Avhandlingen avdekker også at det er behov for klarere retningslinjer og regler også fra autoritært hold. Riktignok er dette en sakstype som sjelden kommer til rettsapparatet, noe som kan være en forklaring på hvorfor retningslinjer og regler ikke eksisterer. Det er likevel ikke upraktisk at arbeidstillatelser bortfaller, også mens utlendingen er i et arbeidsforhold. Både arbeidstaker og arbeidsgiver risikerer straffansvar ved ulovlig arbeid. Dette bør være grunn god nok til at det i lovgivning eller forskrift gis regler som nettopp tar sikte på å regulere arbeidsforholdet når arbeidstillatelsen har bortfalt.

9 Litteraturliste

- Andenæs Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber-Mohn. Oslo 2004
- Bunæs Bunæs, Runa mfl. *Utlendingsrett*. Oslo 2004
- Dege Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo 2003
- Eckhoff Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo 2000
- Fanebust Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold: Krav om „saklig grunn“, forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*. 4. utgave. Oslo 2001
- Fougner Fougner, Jan mfl. *Arbeidsmiljøloven: lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.: kommentarutgave*. 8. utgave. Oslo 2003
- Jakhelln Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utgave. Oslo 2004
- Lunning Lars Lunning og Gudmund Toijer. *Anställningsskydd. Kommentarer til anställningsskyddslagen*. 8. utgave. Stockholm 2002
- Malmberg Jonas Malmberg. *Arbetssökandes upplysningsplikt*. Juridisk tidsskrift vid Stockholms Universitet, Årgang 12, 2000-2001, s. 638-647
- Schmidt, Folke Schmidt, Folke. *Löntagarrätt*. Revidert opplag ved Tore Sigeman mfl. Stockholm 1994
- Woxholt Woxholt, Geir. *Avtalerett*. 5 utgave. Oslo 2003

10 Lovregister

Lov 29. mai 1902 nr. 10	Almindelig borgerlig straffelov
Lov 31. mai 1918 nr. 4	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
Lov 8. desember 1950 nr. 3	Lov om norsk riksborgarrett
Lov 10. februar 1967 nr. 54	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Lov 30. mai 1975 nr. 18	Sjømannslov
Lov 4. februar 1977 nr. 4	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Lov 4. mars 1983 nr. 3	Lov om statens tjenestemenn m.m.
Lov 29.april 1988 nr. 21	Lov om ferie
Lov 24. juni 1988 nr. 64	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold
Lov 16. juni 1989 nr. 69	Lov om forsikringsavtaler
Lov 13. januar 1991 nr. 81	Lov om sosiale tjenester m.v.
Lov 26. juni 1992 nr. 86	Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
Lov 28. februar 1997 nr. 19	Lov om folketrygd

Sverige:

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lag (1989:529) utlänningslagen

11 Forskrifter

Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028

Forskrift om utlendingers adgang til riket
og deres opphold her
(utlendingsforskriften).

Sverige:

Utlänningsförordningen (1989:547)

12 Forarbeider

Utlendingslov

NOU 1983:47, Ot.prp.nr.46 (1986-87), Innst.O.nr.92 (1987-88) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Ot.prp.nr. 38 (1995-96) og Innst.O.nr.24 (1996-1997) om lov om endringer i utlendingsloven – klagenemnd i utlendingssaker mv.

Ot.prp.nr. 17 (1998-99) og Innst.O. (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven – klagenemnd, flyktningnemnd og tvangsmidler.

Ot.prp.nr.56 (1998-1999) og Innst.O.nr.89 (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven – Schengen.

Ot.prp.nr.49 (2002-2003) om lov om endringer i utlendingsloven – fingeravtrykk.

NOU 2004: 20 Utlendingslovutvalget

Arbeidsmiljølov

Ot.prp. nr. 31 (1935) Arbeidervernloven

Ot.prp. nr. 3 (1975-76) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

NOU 1992: 20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle. Innstilling fra Arbeidsmiljølovutvalget

Ot.prp. nr. 50 (1993-94) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

NOU 1996: 6 Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget

Ot.prp.nr. 49 2004-2005 Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)

13 Praksis

Rt

Rt. 1922 s. 663

Rt. 1929 s. 184

Rt 1939 s. 291

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1978 s. 160

Rt. 1983 s. 1222

Rt. 1983 s. 1481

Rt. 1988 s. 766

Rt. 1988 s. 1188 (*Sara Hotell-dommen*)

Rt. 1989 s. 508

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1993 s. 312

Rt. 1994 s. 1064 (*Bye-dommen*)

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1999 s. 922 (*AF Salhus Flytebru-dommen*)

Rt. 2000 s. 1981 (*Fabcon-dommen*)

Rt. 2004 s. 76

NAD

NAD 1981-1983, s. 300 (Stavanger byrett)

NAD 1981-1983 s. 387 (Tromsø byrett)

NAD 1981-83 s. 164 (Stavanger byrett)

NAD 1988 s. 255 (Stavanger byrett)

LARD

LARD 1977-1978, s. 140

Øvrig rettspraksis

Eidsivating lagmannsretts dom av 02.12.1970

Stavanger byretts dom av 27.04.1989, upublisert

Salten herredsretts dom av 18.09.1997, upublisert

Borgarting lagmannsretts dom av 28.02.1999, LB-1999-956

Borgarting lagmannsretts dom av 04.11.2002, LB-2001-780

Oslo tingretts dom av 15.09.2005 i sak nummer 05-063608, upublisert

EF-domstolen

Sak C-109/00 Tele Danmark AS av 04.10.2001

Utenlandske avgjørelser

AD 1979 nr. 90

Forvaltningspraksis

KRDs rundskriv H-06/02

UDIs rundskriv 2002-064

14 Internasjonale konvensjoner

Flyktningkonvensjonen av 28. juli 1951

Europeisk Menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Konvensjon om gjennomføring av Schengen-avtalen av 14. juni 1985

EF-direktiv 76/207 om gjennomføring av likebehandlingsprinsippet for menn og kvinner som angår adgang til beskjeftigelse, ervervsutdannelse, forfremmelse samt arbeidsvilkår.

